









**CIRCULATE  
TO CARREL  
ONLY**







**TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS**  
**REVUE D'HISTOIRE DU DROIT**







# TIJDSCHRIFT VOOR RECHTSGESCHIEDENIS

ONDER REDACTIE VAN

# REVUE D'HISTOIRE DU DROIT

SOUS LA DIRECTION DE M.M.

A. S. DE BLÉCOURT — J. VAN KAN — J. VAN KUYK  
E. M. MEIJERS

DEEL IV

TOME IV

---

HAARLEM — H. D. TJEENK WILLINK & ZOON — 1923.



The general problems that I intend to examine are historical problems the solution of which is, of course, to be found by means of historical method. But, in the treatment of these problems, I should like to show that the historical method, as it is applied to-day, is not yet broad enough and must be developed as far as possible. That is necessary, I think, if we would reconstruct more completely and more surely Roman law, classical as well as Byzantine and primitive (the consideration of the primitive Roman law remaining outside our present plan.)

My meaning is that, up to now, the historical method, as used by Roman lawyers, has been rather critical than properly historical, *i. e.* rather the method used by philologists than that used by historians. In my opinion, indeed, many new and important results may be obtained if scholars will endeavour to consider the compilation of JUSTINIAN as a work whose interpretation must be historical, *i. e.* a work which, to be thoroughly understood, must not be isolated from the historical atmosphere and political circumstances in which it came to birth. In other words, scholars will endeavour to use, to its full extent, historical criticism in which philological and juridical criticisms are far from being the only elements.

Criticism, as understood by many authors (for example, recently, by GERHARD BESELER) is merely "textual criticism". By such a method, as a matter of fact, Byzantine elements in the *Corpus iuris* can be distinguished from classical. It even permits the reconstruction of the progress of institutions. But it only succeeds in registering their variations. Now, the historian must not only note facts, but, if possible, explain them, by discovering their sources and their causes. In the particular case, as regards the Byzantine innovations, he must look for the sources whence they came as well as for the causes which determined them. He will attain these results only by the aid of the full historical method.

This idea, which I am applying in my books entitled "*Etudes historiques sur le Droit de Justinien*", I shall endeavour to develop and summarily prove in the course of these lectures on "The general problems raised by the codification of JUSTINIAN".

Before approaching the question, I will make two reservations:

a) I shall only speak of the three chief works of JUSTINIAN:



the Code, the Digest and the Institutes. I will pass over the Novels of JUSTINIAN, because they do not raise the same difficulties as the other three works and because their study does not offer so great an interest for students.

b) I wish to deal only with those general problems which are common to the three works, without discussing any of the special theories which are treated in the ordinary lectures on Roman law. When you hear the plan of my lectures, you will immediately perceive my reasons for choosing such a subject, although it is rather outside the boundaries of the usual study of Roman law.

Here is the plan of the lectures:

1°. There is an antecedent general problem which belongs to political history: that is why JUSTINIAN commanded the codification of the *leges* and the *ius*, how he was inspired to undertake so extensive a work and under the influence of whom. (This last point must be examined only in connection with the last problem).

2°. The second problem is one of the two principal ones the solution of which is necessary for a satisfactory knowledge of the historical development of Roman law, after the primitive period.

The Code, the Digest and the Institutes were composed on the same plan. They all contain a mixture of classical and Byzantine passages. As the first duty of the legal historian is to classify the texts in chronological order, it is of the greatest interest to ascertain as exactly as possible the period of the texts which he studies. The Byzantine origin of many texts is very easily recognized (for example, in the Code, the constitutions of the Emperor JUSTINIAN). But, in the greater number of cases, it is impossible to distinguish at first sight the classical from the Byzantine elements, so complete has been the fusion of classical foundations and Byzantine innovations which the compilers have effected in the *Corpus iuris*, and specially in the Digest, by means of interpolations.

In order to distinguish the classical elements from the Byzantine, the modern school has been driven to make use of the most adequate instrument, *i. e.* the critical method. The modern school has discovered many tests, formal or substantial, the application of which has already led to innumerable reconstructions of lost classical institutions.



These tests, old or new, are partly of a philological, partly of a juridical, less often of an historical order.

My object is to show that the number of available tests of an historical nature is greater than the modern school believes. These historical tests have been established and applied in my own books, only one of which has as yet appeared. They are drawn from the peculiar spirit of Byzantine law, *i. e.* the law of the 4<sup>th</sup>, 5<sup>th</sup> and 6<sup>th</sup> centuries. They are the characteristics which belong properly to Byzantine law and were unknown to classical Roman law. I dare not say that all of them are new, but I think that students of Roman law ought to be more intimately acquainted with them. It is the determination of these peculiar characteristics which forms the second problem.

3°. The third problem is also important for the more complete knowledge of the historical development of Roman law.

The question is whether the commissioners charged by JUSTINIAN to edit the Code, the Digest and the Institutes, after they had taken as the basis of their works numerous texts borrowed from classical sources, themselves originated the innovations which they mingled with the classical passages, or whether they did not derive these innovations from some already existing, but post-classical sources.

The problem is related to the question of pre-JUSTINIAN interpolations. At first sight, it seems to be one of historical curiosity, of pure chronology. In fact, it is one of the chief problems of the whole history of Roman law. It is a problem not less important than the study of the genesis of classical Roman law between the end of the Republic and the 3<sup>rd</sup> century A. D. For, only by its solution can we reconstruct the progress of Roman law in the post-classical period, for which the extant sources other than the codification of JUSTINIAN are extremely scanty.

4°. The fourth problem has reference to the method which was used by the commissioners in drafting the Code, the Digest and the Institutes. We shall see how our solution of the preceding problem can clarify the question — how, in particular, that solution facilitates the solution of the enigma: how the commissioners were able to fulfil their task in so short a time (less than three years for the Digest, a considerable law-work).



Hence the titles of the four lectures:

FIRST PROBLEM. — *The Aim of the Codification of Justinian.*

SECOND PROBLEM. — *The general Characteristics of the Codification of Justinian.*

THIRD PROBLEM. — *The Sources of the Codification of Justinian.*

FOURTH PROBLEM. — *The Drafting of the Codification of Justinian.*

We leave aside another general problem, the question of the value of the codification of JUSTINIAN, which is still the subject of much discussion. This problem cannot be solved without entering into the special theories of Roman law. A definitive judgment on the value of JUSTINIAN'S law-works must be the result of critical and historical studies as yet scarcely begun. Nevertheless, I am quite confident that the future will judge JUSTINIAN more favourably than the past has done.

Turning to our problems, one can see that each of them raises enormous difficulties, because, first, they are not answered by any historical texts and, secondly, because although learned men of every time and country have been much occupied with the study of Roman law, these problems have not been sufficiently discussed. — To the first problem, only one vague answer has been made. — The examination of the second problem is even now passed over. — The third is hardly beginning to be approached. — The fourth has received several answers, but their value must be carefully weighed.

I shall endeavour to present the solutions of these problems as clearly as possible, referring for the proofs to my own books. If I succeed in attracting the attention of Oxford men to the interest that the historical as well as the dogmatic study of Roman law presents, if I succeed in directing their curiosity towards almost unexplored fields, I shall have reaped the richest harvest from the opportunity which the Faculty of Law of this famous University has offered to me by its flattering invitation to deliver these lectures before one of the most distinguished academic audience in England.



## FIRST PROBLEM.

*The Aim of the Codification of Justinian.*

The three law-books the preparation of which was ordered by JUSTINIAN are different in their materials, nature, sources and aim:

1°. The *Code*, a collection of Imperial constitutions or *Leges*, passed through two editions: the first, ordered on February 13th, in the year 528 A. D. and promulgated on April 7th, 529; the second, promulgated on November 17th, 534.

2°. The *Digest*, which may be called the "body" (in French, *la somme*) of the *ius*, i. e. legal productions of classical jurisprudence, was ordered on December 15th, 530 and promulgated on December 16th, 533.

3°. The *Institutes*, an elementary text-book for the use of students, was promulgated on November 21th, 533.

What was the object of JUSTINIAN when he ordered the codification?

One of the best legal historians, PAUL KRUEGER, replies: "It is scarcely doubtful that the chief motive of JUSTINIAN's works in the matter of legislation was love of glory, personal vanity". Other historians tell us that, to his military successes, JUSTINIAN desired to add success as a law-maker.

That is possible. But you will agree that love of glory or personal vanity are but remote motives. NAPOLEON, in ordering the French Codes, was also impelled by love of glory; nevertheless, other motives less remote were the immediate causes of his undertaking: first, the need of giving a unified legislation to France which, having had under the Ancien Régime numerous different systems of customary local law, had become a unified nation; secondly, the need of fusing the traditional law with the legislative conquests of the Revolution. We must look for analogous motives with JUSTINIAN.

Our answer is a purely hypothetical one, since neither the Prefaces of the three works, nor any of the Byzantine historians throw any light on the subject.

I believe that JUSTINIAN was inspired in undertaking the codification by two ideas:

1°. He, or more likely his advisers, naturally realized, as soon



as JUSTINIAN had become in 527 the sole ruler of Roman Empire, that, in the matter of codification, the East was very far behind the West. The comparison between the two parts of the ancient world was so much the more striking that the West was in the hands of Barbarians, whereas the East was the continuation of the Roman Empire, being called by Later Imperial authors *Romania*.

Now then, in the year 527, the Barbarian Kings of the West had already ordered several codifications, either of Germanic customs or of Roman law:

*Germanic customs*: — by the Visigoths: *lex antiqua* of Euric (466—484);

— by the Burgundians: *lex Gundobada* (circa 500);

— by the Salian Franks: *lex Salica* of Clovis (488—496).

*Roman law*: — by the Burgundians: *lex romana Burgundionum* (= the Papian) of Gundebald (480—500);

— by the Visigoths: *lex romana Visigothorum* (= the Breviary of Alaric) (506);

— by the Ostrogoths: *Edictum Theodorici* (the date of which is as yet disputed, either circa 500 or 511—515).

Is it then pure fancy to imagine that the existence of such codifications in countries under the Barbarian rule awoke in JUSTINIAN a feeling of emulation and consequently the project of effecting a work that should be equivalent to that of the Barbarian Kings, who were less powerful than himself and so recently settled in the old Roman territory?

Is it not quite natural to think that particularly the codification of the *Edictum Theodorici* highly excited the Imperial jealousy, for Theodoric, who occupied the throne in Italy, was considered by the Emperors of Constantinople as a mere vassal?

This historical fact leads us to the probable second motive of JUSTINIAN.

2°. This second motive was, in my opinion, the attraction that, already in the year 527, Italy exercised on JUSTINIAN. After the invasion of the Ostrogoths, the Emperors of the East always considered themselves as keeping a right of suzerainty over Italy and considered the King of the Ostrogoths as nothing more than "the delegate of the *basileus* and the instrument of the Imperial policy" as Prof. CH. DIEHL says. He recalls the word attributed



by the Byzantine chroniclers to JUSTINIAN, when beginning his war against the Goths, saying: *Ἰταλίαν τὴν ἡμετέραν* (*Italiam nostram*). Historians have in fact established that JUSTINIAN, the Emperor of Constantinople, from the moment when he was put upon the throne, was casting a glance on Italy. A little later, he certainly contemplated the reconquest of Italy and, to this end, he managed to create reasons for intervention there before 535.

I believe that I have proved (in the 1st part of my "Etudes") that JUSTINIAN did not undertake his legislation under the influence of Italy which he reconquered only after the completion of the Code, Digest and Institutes. Nevertheless, I think that JUSTINIAN, in ordering the codification, had in view an Empire that should comprise "his" lost Italy as well as the East, that, though he did not take into consideration the law then in force in Italy, he intended to make a codification which, eventually, could be applied to Italy reconquered as well as to the East.

Therefore, the projected codification must be more complete than those of the Barbarians, above all than the *Edictum Theodorici*, which, as a matter of fact, is a very short and by no means an exhaustive law-work.

For political reasons and perhaps also on account of the religious motives, by which JUSTINIAN was constantly inspired during his long reign, the codification, unlike the Barbarian Codes, must contain, not only the actual law, but also extracts from the constitutions and law of the classical age; it must give to the old law of the Early Empire a new life in order to unite JUSTINIAN's policy to that of the most brilliant period of Roman history. Thus, the chief element of this codification was to be the Digest, a collection of fragments from classical Roman jurisprudence, adapted to the oriental attitude of the 6th century.

## SECOND PROBLEM.

### *The general Characteristics of the Codification of Justinian.*

The general characteristics of the codification of JUSTINIAN are furnished by the Byzantine elements added to the classical by means of interpolations. It is precisely the innovations made by the commissioners that impress their characteristic nature on the codification.



What are these general characteristics? How is it possible to discover them?

The study of history and the examination of present legislation reveal the fact that the general characteristics of any legal system are determined:

1°. by the extent of the territory governed by the law-making political authority;

2°. by the origin of the legislation or, to speak more clearly, by the nature of the source which produces the legal system;

3°. by the degree of liberty (autonomy), which citizens enjoy in the transaction of legal business of all kinds;

4°. sometimes by the special influence of Religion on Law.

#### PLAN:

§§ I. The oriental note.

II. The scholastic note.

III. The non-formalistic note.

IV. The Christian note.

#### § I. THE ORIENTAL NOTE.

According to the extent of the territory governed by the law-making political authority, the legal system appears as either *national*, *universal* or *local*.

Thus, primitive Roman law was national. The classical was universal as, later on, in the Middle Ages, canon law was to be; for, classical Roman law was applied, not only in Rome and Italy, but in all the *orbis romanus*, which formed the whole ancient civilized world. Only law created by the *Praesides provinciarum* was local, not universal.

The question raised for the law of JUSTINIAN is whether it is still as universal as classical law.

To answer the question, we must consider both the geographical territory to which it must be applied and the atmosphere in which it originated.

On the two points, we arrive at the conclusion that the codification is a comparatively local, more precisely, an oriental, not a universal work. For, first, the immediate application of the codification was to the Empire of the East, because, as we have



previously seen, the West had already long been outside Roman rule. Secondly, the atmosphere in which the Byzantine innovations originated was oriental. The commissioners of the three law-works were either political officers, or professors, or lawyers of Constantinople and of Beirut; no Roman or Italian jurist participated in the work; no influence of the law then in force in Italy can be perceived in the codification.

I shall not enumerate the applications of the oriental characteristics: the 1<sup>st</sup> part of my "Etudes" was entirely devoted to the demonstration of this point. My proofs have been approved by criticism. In particular, Prof. EDOUARD CUQ, the author of the "Manuel des Institutions juridiques des Romains" (1917) has given me assistance in making them known to students.

I should like to call the attention of my audience to the interest which still exists in discovering any new proofs of this same oriental characteristics. Since 1912, I have found by my own researches or in the works of other writers the following proofs:

- *adoptio minus plena* (BERGMAN);
- assimilation of the *curator* to the *tutor* (Albertario, Solazzi);
- the probable interpolations of many passages (I do not say: all) which contain a Greek word corresponding to the Latin word of the classical text, in this order: . . . . *quem* (*quam, quod*) *Graeci . . . . vocant* (*appellant, dicunt*).

Example: *Inst.* 4, 4, pr., as compared with the extract of *Paulus libro singulari et titulo de iniuriis* preserved in *Coll. mosaic. et roman. leg.* 2, 5, 1. In my opinion, the phrase: "... contumelia, quam Graeci ἀδικίαν vocant", the exact text of the manuscripts of the *Collatio*, is authentic. The intermediate phrases of the Institutes "... (contumelia, quam Graeci) [ὑβρίν appellant, alia culpa quam Graeci ἀδικήματα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuriae accipitur, alia iniquitas et iniustitia, quam Graeci] (ἀδικίαν vocant)" arise from a Byzantine addition. Mommsen wrongly considered them as omitted from the manuscripts of the *Collatio* and wrongly incorporated them in his edition of the *Collatio* on the pattern of the Institutes.

## § II. — THE SCHOLASTIC NOTE.

According to the origin of the legislation *i. e.* the nature of



the source which produces the legal system, it appears as either *practical* or *scholastic*.

Like primitive law, the classical Roman law was practical, because, in the classical as well as in the primitive period, law-makers were practitioners, not scholars. The jurists — in the broadest sense of the word — who improved the law by applying the well-known sources of custom, law, jurisprudence, edicts, constitutions, worked along the same lines; they availed themselves of any opportunity offered by undecided points of law which might arise either in the course of law-suits or in professional consultations. Even, in the classical period, the science of law, *iurisprudentia*, embodied in the *responsa prudentium*, is not comparable to modern legal science: because the *prudentes* are practitioners, not scholars, their science constitutes a legal source of a practical nature, like the opinions of practising lawyers to-day.

Do the Byzantine elements of JUSTINIAN'S law present the same practical characteristics?

As usual, the answer to this question depends upon the discovery of the source in which the legislation of JUSTINIAN has its roots: practice or the science of scholars? According to the nature of the source, the codification will present either practical or scientific note.

Modern writers on Roman law pay no attention to this problem, the solution of which appears to them self-evident. They take for granted that the compilers drew their inspiration from practice. In their opinion, the innovations found in the interpolations had been created during the pre-JUSTINIAN period by the practice of the courts and the only work of JUSTINIAN was to convert judicial decisions into statutes, as many other legislators have done before and after him.

My own opinion is absolutely the contrary. I think that, apart from certain innovations introduced by enactments of JUSTINIAN himself or suggested by oriental customary law (see my 1st book), the origin of the most numerous innovations is purely scientific and that their source is not practice, but legal science in the strictest sense of the word, *i. e.* the science of the scholars.

In particular, it is from science, not from practice, that the



commissioners drew the innovations which we find in the matter of Actions, Interdicts, Exceptions. I shall be satisfied with the examples of *utiles actiones* and *in factum actiones*, of course, in so far as given by interpolated texts. I call your attention especially to the curious *actio civilis in factum*, a variety of the main remedy for innominate contracts, the action so strangely called *actio praescriptis verbis*. All this cannot have been invented by the practitioners, but by the scholars.

This new opinion will be developed in my book entitled "La Nature des Actions, des Interdits et des Exceptions dans l'œuvre législative de Justinien", to be published after the book devoted to the study of the "Procédure par libelle", which study is the necessary basis for an exact knowledge of the Nature of the legal remedies.

The proofs of my thesis, which are given in my books, can be summed up as follows:

1°. The study of the history of Roman law in the Eastern Empire after the classical period shows that practice was quite unable to create all that is usually attributed to it. The culture of the practitioners (lawyers, notaries, judges) was too weak to bring about such deep reforms as those which appear in the interpolations; decisive and concurring indications in historical texts and papyri exist to prove the fact.

2°. As regards actions in particular, some documents testify that practice did not invent for them any new names, but was satisfied to adopt the general term, *cognitio extra ordinem*, without giving the action in hand a name.

Since the source of the innovations of the compilers is not practice, their origin can only be formed within the legal science taught in the law-schools.

This idea is based upon the following arguments:

1°. The scholastic form of numerous interpolations.

2°. The visible influence of the philosophical conceptions of the Neo-platonists upon the legal conceptions revealed through the establishment of several interpolations; for example, *natura actionis*, *natura contractus*, general actions (cf. my 1st volume). Practice could not be influenced by these philosophical conceptions, which were no more familiar to the mediocre lawyers of the Later



Empire than is modern philosophy to the average modern practitioners.

3°. Generalizations of particular legal doctrines; for instance, the addition of *ceteraeque servitutes* to passages originally speaking of a particular *servitus* only or of *ususfructus* which, in classical Roman law, was not a *servitus*, in the modern sense of the word, at all (Longo, 1912).

4°. The principal argument is historical: it results from the fact that a very brilliant law-school existed in the East during the 5th century, the professors of which were the founders of many legal innovations that the codification of JUSTINIAN appropriated.

I shall refer to this law-school in detail in a subsequent lecture.

In conclusion, the second characteristic of the codification is to be scientific or scholastic, not practical.

### § III. THE NON-FORMALISTIC NOTE.

According to the degree of liberty granted by law to citizens in the transaction of their legal business, a legal system becomes either *formalistic* or *non-formalistic* (substantial): the first is bound to obligatory forms in practice and procedure; the second, in principle, leaves liberty to the parties.

Classical Roman law was still formalistic, although in a less degree than primitive law. During the first three centuries of the Christian era, many formal acts were required by the law of persons, of *iura in re*, of contracts, of succession and finally of procedure, which last was ordinarily the "formulary" drawing its name from the rigid *formulae* of actions.

The law of JUSTINIAN, on the contrary, is informal (substantial). As you know, almost all the formal acts of the older periods disappeared from the codification: for instance, *mancipatio*, *in iure cessio*, contract *litteris*, *cretio*, etc. . . . The few surviving formal acts are less rigorous and less intricate than in the past: *i. e.* *manumissio*, *adoptio*, *emancipatio*, *stipulatio*, *testamentum*. As to procedure, the forms of the procedure by *libellus* are undoubtedly much more supple than the *formulae*, since that procedure is nothing but a variety of the *cognitio extra ordinem*, which took place without any *formula*.

Also, a number of interpolations has been discovered, which



reveals the non-formalistic nature of the law of JUSTINIAN. But there are still many such to be indicated, particularly in the matter of Actions; moreover, the test based upon this characteristic has still to be used to explain many phenomena, which are incorrectly understood or insufficiently distinguished hitherto (on these two topics, see my volume devoted to the "Nature des Actions, etc....").

I should like to give you a few illustrations of my idea.

1°. This explanation will permit me to complete the quite remarkable views of Prof. BIONDO BIONDI (1920) relating to *iudicia bonae fidei*. The author has acutely detected the interpolations resulting from the transformation to which, in the law of JUSTINIAN, this important class of actions had been subjected. Nevertheless, up to now, he has not propounded any explanation of these interpolations. I think that they may be explained by the transformation of the forms governing the procedure of the *iudicia bonae fidei*. In the formalistic classical period, the *iudicium bonae fidei* was an action the formula of which contained the words "*ex fide bona*"; in the procedure by *libellus* of JUSTINIAN, as already in the procedure by *litis denuntiatio*, the earlier variety of the *cognitio extra ordinem* or procedure without *formula*, the *iudicium bonae fidei* is any action in which the judges enjoy a wider discretion. Therefore, the existence of the *hereditatis petitio* and of the *actio ex stipulatu (dotis)* among the *actiones bonae fidei* in the Institutes 4, 6, 28—29, is neither so ridiculous nor so inexplicable as modern authors affirm.

2°. By the same reasoning, I explain the necessity which drove the Byzantines to create the parallel class of the *actiones stricti iuris* (which Prof. BIONDO BIONDI had previously shown to be unknown to the classical jurists).

3°. I explain also the change of the sense of the terms *iudicia contraria (actiones contrariae)* discovered by the same writer, who up to now has given no reason or explanation for the fact.

4°. And finally the change of the sense of the terms *actio arbitraria* and the formation (only in the Byzantine law) of a particular group of *actiones arbitrarie* (GASTON MAY, B. BIONDI) which includes, with the older classical *actio arbitraria (de eo quod certo loco)*, those actions the *formula* of which had contained the *clausula arbitraria*.



## § IV. THE CHRISTIAN NOTE.

The last characteristic refers to the influence of Religion on Roman law. Its extent will be found to be less broad than that of the previous characteristics.

Like primitive law, classical law underwent the influence of Paganism. The law of JUSTINIAN underwent that of Christianity. These two facts are undeniable.

Nevertheless, a controversy still exists between contemporary writers about the precise extent of the influence of Christianity on the law of JUSTINIAN outside the topics in which it is self-evident.

An opinion (formerly TROPLONG, to-day RICCOBONO) attributes to Christianity the broadest influence; in particular, this school professes to discover Christian influence in the conceptions involved by several newly found interpolations: *aequitas*, *benignitas*, *ius tollendi*, etc. . . .

The opposite opinion (BAVIERA, 1912) refuses to derive these conceptions from Christianity, but attributes a greater influence to economic than to religious causes in the development of law.

To judge the two theories, it would be necessary to enter into details, which I do not intend to do.

I shall only confirm the opinion of Prof. BAVIERA to the effect that this important problem can be solved only by a thorough study of the points in controversy and by application of the critical and historical methods.

As usual, this last method will lead to discovery of the actual source of these new conceptions, of the period of their birth, of the place and atmosphere in which they originated.

We are still unaware of the answer which Prof. BAVIERA will give to the problem, in his promised work. For my part, I believe that historical researches carried out with the greatest prudence will reveal the three following conclusions:

- 1°. These conceptions did not originate in Christianity at all.
- 2°. They did not arise (save exceptionally) from economic causes, as one may expect Prof. BAVIERA to suggest.
- 3°. They were formed before JUSTINIAN, in a Greek and still pagan atmosphere, under the influence of the Neo-platonists or of the Greek law in force in the Eastern Empire.



To prove this thesis would take too much time. I will only say that my conclusions are consequences of the general truth that most of the innovations ordinarily attributed to JUSTINIAN himself date from an earlier period and were previously embodied in pre-JUSTINIAN interpolations, elaborated by the legal science of a law-school.

I discovered this general principle before the announcement by Prof. ALBERTARIO of a book in preparation dealing with pre-JUSTINIAN interpolations. I merely indicate it, with the view of developing it more precisely in a later lecture.

I must, indeed, not be content to have disengaged the three chief general characteristics of the law of JUSTINIAN: oriental, scholastic, non-formalistic. In the study of the spirit of any legislation, to outline its characteristic features is only a part of the historians' task and, in spite of the difficulties, the easier part. Jurists or historians achieve their work only by penetrating deeper into the causes which explain the legal characteristics. Then, I shall endeavour to perform this service for JUSTINIAN's legislation by studying the process of its genesis. It will then be possible in the conclusion of these lectures to offer the desired explanation of the three characteristics with which we have been occupied to-day.

### THIRD PROBLEM.

#### *The Sources of the Codification of Justinian.*

The sources of the codification of JUSTINIAN, as described by various treatises on Roman law, are of several kinds:

1°. Classical sources of his *Code* come from the Hermogenian and the Gregorian Codes; — classical sources of the *Digest* come from the works of the jurisconsults; — classical sources of the *Institutes* come from the Institutes of GAIUS and other elementary text-books.

2°. For the *Code* in particular, we must add some post-classical sources extracted from the Theodosian Code, the post-Theodosian Novels, the constitutions of the Emperors just before JUSTINIAN.

3°. In the *Code* also, the compilers included many constitutions of JUSTINIAN himself.



4°. Finally, in the three works, the commissioners made numerous alterations in the classical and post-classical texts. These are called "interpolations" and, along with all except the earlier constitutions, must be classified as Byzantine in opposition to classical sources.

The study of the sources (of which PAUL KRUEGER's classical book still gives the best general view) has been brought by writers to varying degrees of completeness, in respect of the Code, Institutes and Digest:

1°. As regards the *Code*, ROTONDI deeply and exhaustively examined its connection with the three antecedent Codes, the Hermogenian, the Gregorian and the Theodosian (cf. his studies in the *Bull. dell' Istit. di dir. rom.*, 1915 and 1918). — One Oxyrhynchus Papyrus (P. Oxy. 1814), just published by Prof. HUNT (t. XV, p. 217—222), extends our knowledge of the connection of the 1<sup>st</sup> edition of the Code with the Theodosian.

2°. As regards the *Institutes*, the critical study of their sources has progressed even further than that of the Code and Digest, owing to the researches of REIMARUS (1830), MISPOULET (1890), FERRINI (1890, 1893, 1901), CH. APPLETON (1891) and, above all, ZOCCO-ROSA, whose valuable *Palingenesia* dates from 1908—1911 and who promised to give as soon as possible a critical edition of the Institutes.

3°. As regards the *Digest*, its classical as well as its Byzantine sources are becoming better and better known. Nevertheless, if we consider many special texts, the fact is overwhelmingly plain that writers have not yet endeavoured to discover the contributory sources of composite fragments (save exceptionally) and that the famous edition of the Digest given by MOMMSEN and PAUL KRUEGER does not supply a sufficient and consistent indication of the ascertainable sources of such composite fragments, as would certainly be supplied in like case by an editor of literary and historical works.

Among the problems raised by the study of these sources, the particular one which I want to examine is one aspect of the interpolation problem.

There are undoubtedly innumerable differences between classical Roman law and the law of JUSTINIAN, as it stands revealed by



its innovations. We have already remarked the general characteristics of these innovations; as for their enumeration, you can refer to recent text-books on Roman law (for example, that of Prof. P. F. GIRARD), although they are still incomplete.

These Byzantine innovations are of two kinds:

1°. The first are contained in the reforms of JUSTINIAN;

2°. The second, which are much more numerous, were effected by the indirect and anonymous means of interpolations in classical and post-classical texts.

Those of the first class certainly are due to the personal initiative of the commissioners. May we say the same thing about the interpolations? — Surely we may confidently say so as regards those which are pure consequences of the reforms of JUSTINIAN. — But, as regards the others, are we to believe implicitly that they are also the fruits of that initiative? Or, on the contrary, may we not imagine that the commissioners, in their work of adapting classical sources, frequently made use of already existing post-classical sources?

This new problem is closely bound up with the question of pre-JUSTINIAN interpolations, which should be divided into two enquiries:

a) the demonstration of the existence of pre-JUSTINIAN interpretations;

b) the discovery of their origin.

I. — *The existence of pre-Justinian interpolations in the codification.* — I will not insist on this point. Prof. F. DE ZULUETA, in his remarkable inaugural lecture, said about it: "The question of pre-JUSTINIAN interpolations is deeply important for the legal history of the fourth and fifth centuries, but its solution appears to present insuperable difficulties" (p. 16).

I shall not allow these difficulties to decide me to pass over the problem: I refer for proofs to the II<sup>d</sup> Part of my "Etudes" in preparation since 1914, which is devoted to the subject. The problem is also being studied by Prof. ALBERTARIO, as I said above. I pass over the problem on the present occasion, because I want to save time for the second point, which is infinitely more obscure and important.

I confine myself to three aspects of it:



1°. The quantity of pre-JUSTINIAN interpolations is more considerable than authors believe. They must be minutely distinguished from interpolations invented by the commissioners, which alone merit the name of "Tribonianisms".

2°. One first practical difficulty consists in the discovery of the tests by which we can effect the distinction between pre-JUSTINIAN interpolations and Tribonianisms. Prof. ALBERTARIO announces that the criterion is to be found in the didactic character of the first in opposition to the legislative of the second. This criterion, as a matter of fact, has been discovered, with others, by ROTONDI (1914).

3°. Another practical difficulty consists in distinguishing pre-JUSTINIAN interpolations (the origin of which is in the post-classical period and, more exactly, in the 5<sup>th</sup> century, as I will demonstrate) from classical and post-classical glosses.

To solve these three problems would involve entering upon a critical study of special texts, which I do not intend to do.

II. — *The origin of the pre-Justinian interpolations.* — The most urgent task is to attack the general problem of the origin of the pre-JUSTINIAN interpolations, a problem which depends entirely on the discovery of the post-classical sources used by the commissioners when they made their innovations upon the ancient sources.

A few scholars have already agreed upon the fact that the commissioners used post-classical sources whence they extracted pre-JUSTINIAN interpolations.

What are these sources? The opinions of authors are not in accord. As they are not referred to either by PAUL KRUEGER or by the ordinary treatises on Roman law, I should like to devote to them a little time in which I shall sum up the conclusions of the II<sup>d</sup> Part of my "Etudes".

Some more or less ancient German scholars believed that the commissioners borrowed from pre-JUSTINIAN legal works: REIMARUS (1830), HEIMBACH (1870), HOFMANN (1901), EHRENZWEIG (1901). But, as was said by the most recent author who has studied the question, HANS PETERS (1913), in this matter, what we need are proofs and nothing but proofs. Authors, up to that time, had given few or none. PETERS believed that he was more



fortunate than others. Let us pause one minute to examine his renowned monograph: *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* (The Oriental commentaries of the Digest and the genesis of the Digest).

PETERS proposed to prove that in the East there existed, before the Digest, a pre-JUSTINIAN compilation, a work quite analogous to the Digest itself, composed, like the Digest, of extracts from classical jurists frequently interpolated as in the Digest. This unofficial work must have deeply inspired the makers of the Digest in their official labours. It must have been compiled in Berytus (Beirut), in the period of the first generation after the ἡρώες (who were the most celebrated representatives of the 5<sup>th</sup> century Syrian law-school), *i. e.* contemporary with Leontius, the son of EUDOXIUS (one of these ἡρώες) and the father of ANATOLIUS, circa 487 or rather between 438 and 487.

The pre-JUSTINIAN compilation, which thus sprang from the brain of PETERS, was baptized by the sharpest of his critics, GIOVANNI ROTONDI, with the quite appropriate name of "Pre-Digest".

In a few pages, ROTONDI presented the refutation of an hypothesis more brilliant than exact, and, since then, the non-existence of the so-called "Pre-Digest" seems to have become an uncontested fact.

For, as I have shown in my II<sup>d</sup> Volume, among the arguments of PETERS, some lack authority and others, which I accept, do not point at all to the existence of a "Pre-Digest", but to another hypothesis which I believe to be better founded.

Following the suggestions of ROTONDI, I think that the commissioners of the Digest had recourse to post-classical works, whence come the pre-Justinian interpolations, so abundantly extant in the Digest. Naturally I cannot judge whether Prof. ALBERTARIO, in his projected book, will determine the nature of these works. At any rate, for my part, I have reconstructed them as follows:

1°. These works, in my opinion, were in Greek, not in Latin, as PETERS' "Pre-Digest" must have been.

2°. Whereas PETERS' "Pre-Digest" must have been composed of classical extracts previously interpolated (like the Digest itself),



the Greek works, in my opinion, were chiefly collections of scholia on the great classical books the doctrines of which they reproduced, but sometimes altered by means of interpolations. These are true pre-Justinian interpolations and must not be confused with the post-classical Latin glosses noted on or incorporated in the Latin classical texts. A unique example of such Greek works has been preserved in the *Scholia sinaitica*.

3°. Certain texts prove that the makers of these Greek collections were the professors of the 5th century law-school of Berytus, the men whom the Scholia of the Basilica called by a general name: οἱ τῆς οἰκουμένης διδάσκαλοι. No one has yet observed the absolute identity between this Greek title and the Latin title: *Viri docti in omnem orbem terrarum* in the *Descriptio orbis terrae* § 25. A French translation is "les Maîtres oecuméniques" (oecumenical masters). I will translate the double title still more precisely: "the oecumenical Doctors". It is preferable to adopt this title rather than that of οἱ ἡρώες, which is a common insignificant epithet applied to deceased persons and which really means *the late so and so* (in French "feu un tel").

The teaching of these Doctors gave an exceptional brilliance to the Berytus law-school in the 5th century. Modern historians of Roman law allow it a celebrity which surpassed the fame of the contemporary schools of the East and West. But they limit themselves to stating the fact. They do not endeavour to justify it with arguments drawn either from historical sources or from the legal works of the Berytus Doctors which have come down to us.

I hope however by minute research pursued even in Beirut (which I visited last November) to succeed in proving the justice of the opinion of those jurists who, writing in the time of JUSTINIAN or shortly after, bestowed the highest praise upon their predecessors of Berytus.

In my opinion, the "oecumenical Doctors" were teachers of profound knowledge and broad culture, although, of course, they did not attain to the level of the great Roman jurists. They were agents of legal progress in the pre-JUSTINIAN period. Their works are almost entirely lost. Nevertheless, the influence of their thought is reflected in innumerable passages of the codification, not only in the Digest, but even in the Code and in the Institutes. Their



works or, more precisely, their scholia are the sources to be looked to for pre-JUSTINIAN interpolations. I will add some further details about them in my next lecture.

In conclusion, I may sum up my argument by saying that, besides the four groups of sources above mentioned and which are so easily distinguishable, the compilation of JUSTINIAN has a fifth source which, although abundant, has remained unperceived, *i. e.* Greek legal works of the 5th century Berytus Doctors.

#### FOURTH PROBLEM.

##### *The Drafting of the Codification of Justinian.*

The last of the general problems raised by the codification of JUSTINIAN is not the least interesting for historians. The question is to ascertain what method was followed by the commissioners in the drafting of the three books, Code, Digest and Institutes, and principally how the ancient sources of Roman law were utilized.

The problem has been studied only for the Digest. On account of its supreme importance and because several theories have already been expressed on the subject, I shall begin by speaking of its preparation. After which, I shall treat, with fewer details, of the drafting of the Code and Institutes, by applying to them the hypothesis which I shall put forwards about the Digest.

##### I. THE DRAFTING OF THE DIGEST.

In the opinion of the writers on Roman law, the method of the commissioners of the Digest must have been the following:

1°. They distributed among sub-commissions the works of classical jurists, dividing them into four classes: SABINIAN, EDICTAL, PAPINIANIAN, APPENDIX.

2°. Each of these sub-commissions made an abstract of the classical works committed to it and put aside the extracts which were to be incorporated in the Digest.

3°. Each of these sub-commissions interpolated the fragments which had been extracted, in accordance with the permission granted by the Emperor.

4°. The full commission finally proceeded to make a general



revision of the works of the sub-commissions, in order to give the completed work unity and harmony.

This almost universally adopted theory, which was originated by FRIEDR. BLUHME (1820), is merely hypothetical, since the constitution *Tanta — Αἰδωμεν* gives no precise directions for the method to be followed by the commissioners.

It was however vigorously attacked by HOFMANN (1901), who rejected the idea of the distribution of classical texts into four classes. HOFMANN substituted a distribution according to subjects; above all, he believed that the commissioners employed pre-JUSTINIAN compilations unknown to us and specially a compilation of the *ius* ordered by THEODOSIUS.

Of his conclusions, only the last seems to be worthy of attention, although HOFMANN was mistaken about the nature of the pre-JUSTINIAN compilations probably used by the commissioners. The battle, which he waged against the hypothesis of the four divisions, has undoubtedly been lost: an examination of each title of the Digest confirms the justice of BLUHME's conception.

As to HOFMANN's arguments, partly confuted by Prof. BONFANTE (1902), one remains standing, in spite of BONFANTE's criticism, namely the shortness of the time which the commissioners spent in fulfilling their task, less than three years, really equivalent to one *annus utilis*.

Prof. BONFANTE, moreover, admits that HOFMANN rightly called attention to pre-JUSTINIAN works which he too considers as having facilitated the labours of the commissioners. But, no more than HOFMANN, does he try to define their nature.

PETERS (1913), agreeing neither with HOFMANN's criticism of BLUHME's theory, nor with EHRENZWEIG's intermediary theory (1901), believed that he had found the solution of the enigma by discovering his so-called "Pre-Digest", which I mentioned in my last lecture. Had such a compilation existed, all the difficulties would indeed have been removed: by aid of it, the commissioners would have been able to proceed with the maximum of speed. For, the "Pre-Digest" being a perfect model, their task would have been limited to harmonizing the "Pre-Digest's" texts with the legal reforms of JUSTINIAN, which task would have been very simple for a body of men whose most eminent members



had already participated in the preparation of these reforms. Unfortunately, PETERS' hypothesis is not at all correct; a "Pre-Digest" never existed, as we saw before.

Thus, I am compelled to propose quite a new hypothesis, which will take into account, on the one hand, the distribution of the classical texts into four divisions, a fact established since BLUHME's researches, and, on the other hand, the equally undeniable fact of the extremely rapid work of the Digest.

For, in my opinion, it is certain that, — had the compilers been obliged to read word for word all the works of the classical jurists, the fragments of which form the Digest, and still others indicated by the *Index Florentinus* from which no extract was retained — and had they been obliged also to effect throughout all the fragments interpolations whether by suppressing, adding to or changing the old text, — they would not have been able to fulfil their task in the extremely short time which they took.

The solution of the enigma, developed in the II<sup>d</sup> Part of my "Etudes", is based on two fundamental ideas:

1°. The compilers neither read word for word all the classical books in order to select extracts for the Digest, nor did they invent every interpolation which appears in it.

2°. In their labours, they made use of pre-JUSTINIAN works.

These pre-JUSTINIAN-works are the Greek collections of scholia on the classical works, the existence of which has been previously demonstrated and which were composed by the "oecumenical Doctors" of the Berytus law-school.

Before showing how, in my opinion, the makers of the Digest worked, I want to outline the contents of these collections and to indicate their connection with classical works.

The starting-point of my ideas is the organization of the teaching of law in the East before JUSTINIAN. According to the constitution *Omnem* § 1, the instruction offered to students rested on six books (*libri, volumina*) which, with reservations, may be identified as follows:

1°. Institutes of GAIUS and *Libri singulares quattuor* [a) *de re uxoria* b) *de tutelis* c) d) *de testamentis et legatis*], studied, I think, in the *Libri ad Sabinum* of ULPIAN.



2°. *Prima pars legum* or *Πρώτα*, studied in the *Libri ad Edictum* of ULPIAN.

3°. *Pars de iudiciis*, studied in the same *Libri ad Edictum*.

4°. *Pars de rebus*, studied in the same *Libri ad Edictum*.

5°. *Responsa* of PAPINIAN.

6°. *Responsa* of PAULUS.

These six books contained the original Latin text of the works of the jurists. They were commented upon by the 5th century professors in the Greek language by means of scholia. These scholia were incorporated into Greek volumes, an example of which we have in the *Scholia sinaitica*, the only text which shows the pedagogic method used in the pre-JUSTINIAN period.

Such being the case, I am absolutely convinced that the commissioners for the Digest based their work upon the *sex libri* of the law-schools. They were indeed either professors, or political officers, or lawyers, long acquainted, as masters or students, with the *sex libri*. How can one suppose that they could have passed over them, at a time when the opportunity of making use of them appeared to be most urgent? Thus, we are forced to admit that the *sex libri* and the Greek commentaries written upon them constitute the fundamental materials, the principal sources of the Digest.

Consequently, the outlines of the method used by the makers of the Digest may be presented in the following fashion:

1°. The commissioners distributed among themselves, not only the original works of the classical jurists enumerated in the *Index Florentinus*, but also the pedagogic *sex libri* and the Greek commentaries relative to them. Some were charged to examine the *Libri ad Sabinum*, others the *Libri ad Edictum*, still others the *Responsa Papiniani* and *Pauli*, starting in each case from the appropriate volumes of the *sex libri*, which were thus the origin of the three divisions: SABINIAN, EDICTAL and PAPINIANIAN. The works forming the Appendix were of course examined apart.

2°. In choosing the extracts to be retained from the extensive classical literature, they took as guide the Greek commentaries which had already indicated the most important passages [cf. for instance, *Schol. sinait.* § 18 with *Dig.* 25, 1, 3, 1 (ULP. lib. XXXVI ad Sab.) and *Dig. h. t.* 6 (PAUL. lib. VII ad Sab.)]. That



was, I think, the best way for the compilers to save time.

Equally they followed the sequence of fragments taken from different jurists as dictated by the same Greek commentaries, in the manner shown by the *Scholia sinaitica*. This is the easiest explanation of a problem still in controversy (LONGO), *i. e.* the insertion of a short fragment between two long ones.

As to the fragments of the Digest not drawn from the *sex libri*, the compilers found many of them indicated in the Greek commentaries by means of a reference to the original source where they proceeded to look for them. This does not exclude the possibility of their selecting on their personal initiative further fragments.

3°. The commissioners must have introduced interpolations into the chosen extracts. — Some of them called *pre-Justinian interpolations* were suggested to the compilers by the 5th century Greek commentaries which were full of such alterations coming from the scholastic work of several generations of professors. But, as the pre-JUSTINIAN interpolations were parts of Greek scholia, they had to be translated into Latin. — Others, *Tribonianisms* (in the strict sense) were introduced into the extracts, in consequence of reforms of JUSTINIAN or of personal ideas of the commissioners.

4°. After which, PETERS believed that the commissioners were to collate the fragments in draft with the original classical texts. He holds that this collation was ordered by JUSTINIAN (Const. *Deo auctore* § 4; Const. *Tanta* — *Δίδωκεν* §§ 1, 17). — Such a collation, if proved, would be an absolute demonstration that the compilers did not take for their starting-point the original classical manuscripts, as modern scholars affirm.

5°. The commissioners probably met in full committee to arrange by titles the duely interpolated extracts, following a previously settled plan, and to collect the titles into the unified work, once more according to the previous general plan.

The result of these numerous operations is the Digest, the very "body" of the *ius* (in French "somme"), a labour which was so much the more difficult because its makers had to guide them no existing model comparable to those which facilitated the compilation of the Code and Institutes. Consequently, their clever-



ness is worthy of praise; but the merit of the Berytus masters who aided them enormously is still greater, since the Berytus men were the real inventors of the innovations contained in so many interpolations.

And, just because the commissioners found in the works of the 5th century the heaviest part of their task already prepared, *i. e.* the adaptation of the classical texts to the ideas and institutions of the Eastern Empire, they succeeded in achieving their labour very quickly in spite of all the difficulties. Precisely, there are in the Digest numerous imperfections and mistakes to be explained by the haste with which it was carried out.

## II. THE DRAFTING OF THE CODE.

The completion of a Code had been the earliest wish of JUSTINIAN and, originally, the only one. His aim, here, was to imitate Theodosius the II<sup>d</sup> and also, as I previously said, the Barbarian Kings of the West. Nevertheless his conception of the Code was different from and wider than that of those rulers, because JUSTINIAN intended to combine the three ancient Codes, to add post-Theodosian constitutions and his own laws, and finally to authorize the commissioners to revise the ancient texts and to interpolate them.

What was the method used in the working out of this project?

The existence of the previous three Codes facilitated the undertaking. Moreover, I think that, as in the drafting of the Digest, the compilers for the Code based their work upon other pre-JUSTINIAN sources, which in this case also were various Greek collections of scholia on the three ancient Codes, which may even yet be reconstructed in part and which were likewise products of the 5th century law-school of Berytus, where the Imperial constitutions were studied in an informal fifth academic year.

The pre-JUSTINIAN interpolations which can be recognized in the Code as well as the Digest and even the compilers' plan in their choice of constitutions to be embodied in it originated in these Greek collections.

To these constitutions the commissioners added some later enactments preserved in the Imperial Chancery and the laws of JUSTINIAN himself.



They made also in the ancient texts the interpolations rendered necessary by the reforms of JUSTINIAN or by their personal ideas.

Finally, they arranged by titles the duely interpolated constitutions, following the chronological order, and collected the titles into the unified work, according to the previously settled plan.

### III. THE DRAFTING OF THE INSTITUTES.

The elaboration of the Institutes is connected with the reform of legal studies brought into effect by JUSTINIAN. The Emperor decreed that first year's students should learn the elements of law from an official text-book, which was to replace the unofficial text-book of GAIUS, this last having become, in many respects, thoroughly out-of-date.

Like the Code, the Institutes are an original work in the sense that they are not a mere adaptation of GAIUS' text-book. Indeed, as you know, they contain in the first place numerous extracts from classical elementary works other than GAIUS; secondly, they contain references to JUSTINIAN's reforms; thirdly, it is possible to discover in them pre-JUSTINIAN interpolations and Tribonianisms.

According to the common opinion, the procedure of the commissioners in compiling the Institutes was to take the classical texts which they required direct from GAIUS and the other elementary treatises; after which they went on to interpolate the extracts as seemed proper to them.

For my part, I believe that, on the contrary, the commissioners still here found ready to hand various pre-JUSTINIAN Greek works, *i. e.* various collections of scholia which had been added to the Institutes of GAIUS by the 5th century law-school of Berytus.

As I previously recalled to your memory, the Institutes of GAIUS contained in the first book of the pedagogic *sex libri* were studied before JUSTINIAN in the 1th academic year. The professors commented upon them — by pointing out the passages of this 2nd century text-book which were still of use to 5th century law-students, — by completing the passage of the Institutes of GAIUS with many extracts from his *Res cottidianae* and from other elementary treatises, — by noting additions, changes, suppressions to be effected in the original text of GAIUS.



In my opinion, these Greek commentaries guided the makers of the Institutes.

For lack of time, I shall not develop this theme. I prefer merely to draw your attention to the three following points:

1°. Although the critical study of the sources of the Institutes has progressed very far (as we have previously seen), that study must be deepened by taking into account the influence of pre-JUSTINIAN Greek scholia.

2°. The Institutes contain numerous passages which are to be found also in the Digest. The natural assumption is that the passages of the Institutes were taken from the Digest. But one is met with a difficulty because there are too frequent variations between the two texts. To solve this problem, it will be necessary to look into the pre-JUSTINIAN sources.

3°. Finally a particular and larger problem relates to the Greek Paraphrase of the Institutes composed by THEOPHILUS. The studies of FERRINI (1883) and BROKATE (1886) on this matter are by no means exhaustive. I hope that the time is not distant when I shall be able to make known in one volume of my "Etudes" my own opinions about the nature of the Paraphrase, its sources and its connection with the teaching of the pre-JUSTINIAN Berytus professors.

### GENERAL CONCLUSION.

The ideas which I have presented in these four lectures lead to the solution of two important questions, which arise quite naturally in the mind:

1°. It is now not difficult to understand why the codification of JUSTINIAN is endowed with the general characteristics previously indicated: oriental, scholastic and non-formalistic. They are explained by the fact that the innovations, which give the codification its most original features, existed in the legal works composed by the 5th century Berytus „oecumenical Doctors”, which works, of course, possessed the same characteristics.

2°. When JUSTINIAN ordered the codification of the three law-books, under whose influence was he acting? As it is very improbable that he took the initiative alone, who inspired him? The Empress Theodora? the *magister officiorum* and *quaestor*



*sacri palatii* Tribonian? I contend that, besides these very well-known personages, another who is less known may have intervened: *i. e.* LEONTIUS, to whose career I recently (1921) called the attention of the "Académie des Inscriptions et Belles-Lettres". I thought of him, because the more I study, by means of the historical method, the genesis of the law of JUSTINIAN, the more I realise how deep was the influence exercised upon it by the teaching of the Berytus law-school. Now, LEONTIUS, at the outset of the work of codification, was a celebrated ex-professor of Berytus, — he was heir of the science of the "oecumenical Doctors" (for he was the son of one of these professors, EUDOXIUS), — he had also become a high officer of the Eastern Empire (*praefectus praetorio Orientis*), — he was a member of the Imperial court (*patricius*). It would indeed be very peculiar that such an eminent jurist, for whom a place on the commission for the 1st Code was to be reserved, should have been kept unaware of the projected codification. On the contrary, everything points to the fact that he was one of its inspirers. Perhaps even he was the chief initiator of a gigantic undertaking in which the works of his predecessors and, probably, his own, play such an important part.

. . . . . I should like to conclude by professing my satisfaction at having been able to express the perfect harmony of my thoughts with those of Prof. F. DE ZULUETA, who said, at the end of his inaugural lecture: "Everything which adds to our knowledge of Byzantine scholasticism and of the details of the compilers' procedure becomes of the first importance" (p. 23). I have treated of these two questions and of no others. The recognition of their importance concurrently in English and French Universities proves the existence of an intellectual Entente between our two Nations, which we must all cooperate in promoting.



# LA COMMISE FÉODALE

PAR

EDGAR BLUM (POITIERS).

---

La commise féodale est définie par POTHIER au XVIII<sup>e</sup> siècle comme „le droit qu'a le seigneur de fief de confisquer et de réunir à toujours à son domaine le fief de son vassal pour punition de son désaveu ou de sa félonie" <sup>1)</sup>.

Cette définition nous montre le dernier état de l'institution dont nous nous proposons de retracer l'origine et l'histoire. Ce qui fait l'intérêt de la question, c'est que la notion de la commise implique un lien entre la félonie ou le désaveu, c'est à dire entre un manque de subordination et la perte du fief. Ce lien est-il le résultat d'une évolution ou n'est-il pas au contraire quelque chose de plus ancien que le régime féodal et comment nous expliquer que ce lien ait toujours subsisté malgré la décadence progressive de la féodalité? Tel est l'objet de nos recherches.

## I. LES ORIGINES DE LA COMMISE FÉODALE.

Le nom de la commise se rattache à une institution romaine. Le mot *commisum* qui signifie délit en droit romain, signifie également confiscation, acquisition par l'Etat d'une chose à titre de pénalité <sup>2)</sup>. Mais le mot de commise ne semble avoir été attaché à l'institution de ce nom qu'après la renaissance du droit

---

<sup>1)</sup> POTHIER, *Traité des fiefs*, éd. 1776, t. I, p. 198.

<sup>2)</sup> Cf. HEUMANN—SECKEL, *Handlexikon der Römischen Quellen*, V<sup>o</sup>-*commisum*. GRADENWITZ, *Vocabularium jurisprudentiæ Romanæ*, h. V<sup>o</sup>.



romain <sup>1)</sup>: l'institution ainsi appelée existait avant cette époque.

Ce qui caractérise la commise féodale c'est tout d'abord le retour de la terre du vassal au seigneur pour une faute commise par le vassal. Si nous recherchons les origines lointaines de la commise féodale, on pourrait être tenté de les rattacher à ce qu'on a appelé la commise emphytéotique. Cette institution qui permettait au bailleur emphytéotique de reprendre la terre à l'emphytéote à défaut du paiement du canon <sup>2)</sup> n'est pas particulière à l'Empire Byzantin. Il est possible de trouver dans le royaume wisigothique ou dans le royaume franc des dispositions analogues, qu'il y a vraisemblablement tout lieu de rattacher à un prototype romain <sup>3)</sup>. Mais l'existence dans la partie occidentale de l'Empire occupée par les Barbares de tenures faisant retour au concédant pour faute de paiement du cens ou du canon est-elle un argument suffisant pour nous permettre de rattacher la commise féodale à une commise du type emphytéotique? Nous ne le pensons pas. Il y a entre la tenure féodale et la tenure emphytéotique cette différence que nous considérons comme essentielle, à savoir que l'emphytéote est simplement tenu de payer une redevance périodique, tandis qu'entre le feudataire et le seigneur (nous ajoutons du moins, dans l'immense majorité des cas — nous verrons pourquoi tout à l'heure) il y a un lien personnel d'obéissance et de fidélité; la commise emphytéotique n'est que la sanction du défaut de paiement d'une redevance, mais la commise féodale est la sanction d'un acte d'infidélité.

Il nous faut donc rechercher dans les origines même de la féodalité pourquoi cette infidélité est sanctionnée par la commise,

<sup>1)</sup> Un des plus anciens exemples du mot *commisum* pour désigner la commise (commise à la fois féodale et emphytéotique) se trouve dans les canonistes. Hostiensis dit que le feudataire qui ne paye pas la redevance qu'il doit *incidit in commissum*. *Summa aurea, t. de feudis*, éd. 1573, col. 774. L'expression *incidere in commissum* a dans les textes romains le sens d'encourir la confiscation et non celui d'encourir l'application de la *lex commissoria*.

<sup>2)</sup> Cf. GIRARD, *Manuel de droit romain* <sup>6</sup>, p. 395. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 360.

<sup>3)</sup> V. des exemples dans WIART, *La precaria*, p. 153. THÉVENIN, *Institutions publiques et privées*, actes n<sup>o</sup>. 54 (de 716), n<sup>o</sup>. 56 (de 735). Cf. également *Lex Wisigoth.* 10, 1, 11. éd. ZEUMER, p. 386. FUSTEL DE COULANGES, *Les origines du système féodal*, p. 169, n. 1.



comment un lien a pu s'établir entre l'infidélité et la perte du fief. Or le contrat féodal nous apparaît comme le résultat de la coordination de trois éléments différents: d'une part le lien de vassalité qui implique une sujétion personnelle et volontaire du vassal au seigneur, d'autre part le lien d'obéissance politique qu'on appelle du terme équivoque de fidélité, enfin le lien de bénéfice qui implique que le vassal a une tenure du seigneur féodal. Ces trois liens peuvent être indépendants les uns des autres <sup>1)</sup>, mais c'est précisément la coordination de ces trois liens qui explique le régime féodal. L'origine de la commise féodale nous apparaîtra en examinant successivement chacun d'eux.

Tout d'abord examinons le premier qui est important, mais dont certains historiens comme M. FLACH semblent avoir exagéré l'importance <sup>2)</sup>; sans vouloir discuter ici les origines de la vassalité, nous rechercherons si parmi les institutions auxquelles on a voulu la rattacher, nous ne voyons pas le germe de la commise féodale. Parmi les différents systèmes proposés pour expliquer l'origine de la vassalité nous en dégageons principalement deux: le système Romaniste et le système germaniste.

Pour les partisans du premier système <sup>3)</sup> il faudrait rattacher les liens entre vassaux et seigneurs aux liens entre patrons et clients. Cette assimilation entre la clientèle et la vassalité qui est très ancienne et qui se trouve déjà au XI<sup>e</sup> siècle dans les auteurs canoniques <sup>4)</sup> n'est pas une invention de jurisconsultes: les documents de la pratique des époques mérovingienne et carolingienne nous montrent des personnes libres se soumettant à d'autres personnes libres en leur promettant *l'obsequium*; quelques textes prennent soin de spécifier qu'il s'agit d'un *obsequium dû*

<sup>1)</sup> Sur la distinction entre les liens de fidélité et de vassalité voir la nombreuse littérature citée dans DUMAS, *Fidèles et vassaux* (extr. *Nouv. Rev. Historique* 1920); sur l'existence de bénéfices sans vassalité ou sans fidélité cf. *Lib. feud. (Vulgate)* 2. 24, 19. *Sunt enim quædam feuda ita data ut pro his fidelitas non sit præstanda*; sur l'existence de vassaux sans bénéfices cf. GUILHIERMOZ, *Les origines de la noblesse française*, p. 237.

<sup>2)</sup> V. ESMEIN, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, p. 523.

<sup>3)</sup> V. exposé de cette théorie dans GUILHIERMOZ, *Les origines de la noblesse française*.

<sup>4)</sup> V. par exemple Lettre de Fulbert sur les obligations du vassal qu'il appelle cliens (*Rec. Hist. Franc.*, t. 10, p. 463).



*ingenuili ordine*, de façon sans doute à préciser que celui qui y est soumis est de condition libre et non un affranchi<sup>1)</sup>. Or ce mot *obsequium* qui revient fréquemment aux époques mérovingienne et carolingienne pour désigner les rapports de vassalité et même la fidélité due par les sujets au roi<sup>2)</sup> révèle une certaine assimilation entre les fidèles et les affranchis. Il est possible que cette assimilation ait conduit à l'idée de la révocabilité des donations faites aux „fidèles”. On sait en effet que dans le droit romain, tel qu'il était en vigueur en Gaule au moment des invasions barbares, seules les donations faites par le patron aux affranchis étaient révocables pour ingratitude<sup>3)</sup>. Il a donc paru naturel à l'époque mérovingienne d'appliquer la même règle à tous les hommes libres qui devaient *l'obsequium* à une autre personne. Le préambule d'un diplôme mérovingien de l'an 677<sup>4)</sup> fait nettement allusion à la révocation pour ingratitude. *Merito beneficia quae possident amittere videntur qui non solum largitoribus ipsorum beneficiorum ingrati existunt verum etiam infideles esse comprobantur*. Le roi trouve d'ailleurs que cette notion d'ingratitude est trop étroite et qu'il faut l'élargir par la notion d'infidélité. La révocabilité des libéralités faites à un fidèle<sup>5)</sup>, c'est à dire un personne qui doit la fidélité personnelle au roi nous paraît être admise à l'époque mérovingienne. Nous avons de nombreux exemples dans Grégoire de Tours de rois francs qui retirent à un de leurs fidèles une libéralité qu'ils lui avaient consentie, tout en lui laissant ses biens propres<sup>6)</sup>. Il ne faut pas, à notre sens, interpréter

<sup>1)</sup> *Form. Tur.* 43, éd. ZEUMER, p. 158, Cf. *Lex Rib.*, éd. SOHM, 31, *Ingenuos in obsequium alterius*. Voir BRUNNER, *Die Landesschenkungen*, dans les *Sitzungsberichte Akad. Berlin*, 1885, p. 1189 et *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1892, t. 2, p. 273, GUILHIERMOZ, *op. cit.* p. 73. DUMAS, *Fidèles et vassaux*, N. R. H., 1920, p. 196.

<sup>2)</sup> V. le mot *obsequium* aux tables des *Leges*, des *Diplomata des Existolae*, des *Monumenta Germaniae*, éd. in-4°.

<sup>3)</sup> *Frag. Vatic.*, 272.

<sup>4)</sup> PERTZ, *Diplomata regum Francorum*, *Mon. German.*, éd. in-f°, n°. 46, p. 43.

<sup>5)</sup> De nombreux textes nous montrent l'équivalence de la notion d'*obsequium* et de *fidelitas*. Cf. *ita tamen ut nunquam a nostra discedat fidelitate sed immobiliter in nostris perseveret obsequiis* (clause d'une donation *in proprium* faite par Lothaire en 843 (*Rec. Hist. Franc.*, t. 18, p. 380, N°. 20).

<sup>6)</sup> GREG. TOURS, *Hist. Franc.*, 8, 22. *Quaecumque de fisco meruit fisci iuribus sunt relata*. Cf. FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 50. BRUNNER, *loc cit.*, WAITZ, *Verfassungsgeschichte*, t. II, 1<sup>re</sup> partie, p. 315 sqq.



ces textes en y voyant la preuve qu'à l'époque mérovingienne la confiscation ne portait pas sur les immeubles appartenant en propre à une personne. Il ne nous paraît d'ailleurs pas vraisemblable que tel ait été alors l'état du droit <sup>1)</sup>. Il faut considérer ces témoignages comme étant relatifs à de simples actes de l'administration royale révoquant des libéralités, et non à une pénalité complétant la confiscation générale des meubles.

Cette influence de l'*obsequium* sur les origines de la vassalité n'est certainement pas niable, mais elle n'est pas suffisante à expliquer l'origine de la vassalité. Ce que l'on a cherché à qualifier *obsequium ingenuili ordine* était en réalité sans doute une institution germanique qui n'avait pas d'équivalent à Rome. L'influence romaine ne suffit pas à rendre compte de toutes les particularités du lien de vassalité, notamment de la portée militaire et du formalisme de ce lien <sup>2)</sup>. Aussi les auteurs du système que nous appellerons germaniste le rattachent-ils à une institution germanique analogue au *comitatus* décrit par Tacite.

On ne peut certes nier les ressemblances que présentent l'or-

<sup>1)</sup> Il nous paraît tout d'abord inexact de dire que les Germains ne connaissaient pas la confiscation des immeubles. Cf. en Lombardie un exemple de 765 dans *Codex diplomatic. Longobard*, (*Hist. Patriae Monumenta*, t. 13, n°. 27, p. 54) de confiscations d'*omnes res mobiles vel immobiles* prononcées contre l'homicide d'un *gasindus* de la reine.

Les textes qui nous parlent de la confiscation chez les Francs ne semblent pas sur ce point non plus établir de distinctions. Cf. *Lex Rib.*, 69, I „*omnes res suas fisco*”; diplôme de 807 dans MÜHLBACHER, *Diplomata Karolina*, t. 1, n°. 205, p. 274 (édit. des *Monumenta Germaniae*, 4<sup>e</sup>) „*aliquas res nostras . . . quantumcunque . . . Godebertus . . . quondam tenuit et pro incestuosa vel alia inlicita opera legibus perdidit et ad fiscum nostrum legibus devenerunt et Hugo comes secundum iudicium legitimo ordine partibus nostris adquisivit*”. Il s'agit dans ce texte non de biens donnés par le roi qui font retour au roi, mais de biens acquis par le roi en vertu d'une confiscation : Or ces biens sont surtout, le contexte le montre, des immeubles. Les *leges* auxquelles fait allusion ce diplôme sont, croyons-nous, non pas les lois Barbares, mais les capitulaires (vraisemblablement *pro legibus tenenda*) Tandis en effet que le cap. de Pepin de 754 (éd. BORETIUS I, p. 31, c. 1) ne frappait l'inceste que de pénalités pécuniaires, le cap. de 774, c. 5 (version lombarde) punit l'incestueux de la perte de l'*alodium* (ib., t. I, p. 48) et la cap. 821, c. 6 (ibid., t. I, p. 301) condamne l'incestueux à *res proprias amittere*, confirmant sans doute la législation qui nous paraît être en vigueur en 807.

<sup>2)</sup> ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit*, 12, p. 133.



ganisation du *comitatus* et celle de la vassalité. Si au point de vue juridique le lien de vassalité nous paraît dériver du lien du *comitatus*, cela va peut-être nous éclairer sur les origines de la commise. Or, le contrat de vassalité peut être interprété soit comme un contrat réel soit comme un contrat formel, pour employer des notions romaines. Il est certain qu'un homme ne devient pas vassal par la simple expression de sa volonté, mais il le devient, suivant une opinion, par l'accomplissement de la formalité de l'hommage<sup>1)</sup>, suivant une autre, qui nous paraît plus exacte, par suite de la remise d'une chose au vassal<sup>2)</sup> par le seigneur.

La première opinion considère que dans le lien de vassalité ce qui est essentiel c'est la *commendatio* ou plus exactement l'acte de soumission consistant dans la remise des mains du vassal au seigneur, qui est sans conteste l'origine de l'hommage. En réalité, l'hommage paraît une coutume particulière aux Francs<sup>3)</sup>, inconnue des Lombards par exemple. Ce n'est pas l'hommage qui, au Moyen âge crée nécessairement le lien de vassalité<sup>4)</sup>; à l'époque carolingienne, le seul effet certain de la *commendatio* c'est celui d'obliger, non pas le vassal, mais le seigneur, à un devoir de protection envers le vassal<sup>5)</sup>. Quant au devoir d'obéissance ou de fidélité, il est plus probable qu'il résulte, non de la *commendatio*, mais du fait que le vassal a reçu une contre-prestation réelle ou fictive du

<sup>1)</sup> Dans ce sens ROTH, *Feudalität*, p. 211.

<sup>2)</sup> WAITZ, *op. cit.*, t. 4, p. 257 rattache la vassalité à la possession du bénéfice, EHRENBURG, *Die commendation*, p. 100 la rattache avec plus de raison à la remise d'une chose au vassal car nous avons vu qu'il est possible de trouver des bénéfices indépendants du lien de vassalité.

<sup>3)</sup> V. Sur les origines franques de la *commendatio*, EHRENBURG, *op. cit.*, p. 61. V. La *commendatio in manus* dans les *Ann. Lauriss. Maj.* 757 „*Tassilo ... more Francico in manus regis in vassaticum manibus suis semet ipsum commendavit*” (*Rec. H. Fr.*, t. 5, p. 198).

Cf. *ib.*, 814, *Herioltus, rebus suis diffidens, ad imperatorem venit et se in manus illius commendavit*. Cf. ERMOLDUS NIGELLUS, IV, 601, *cit. infra* et capit. de 813, c. 14, *cit. infra*.

<sup>4)</sup> La formalité de l'hommage était inconnue dans les *Libri Feudorum*; voilà pourquoi G. DURANT, *Speculum juris* éd. 1592, t. 2, p. 305 dit qu'en Italie le mot *vassalagium* est l'équivalent d'*homagium* en France.

<sup>5)</sup> Cf. Cap. 813, C. 14, éd. BORETIUS t. I, p. 172. Le seigneur ne pourra pas manquer à ce devoir d'assistance *postquam ipse* (le vassal) *manus suas in ejus commendaverit*.



seigneur comme prix, soit de ses mains (comme le pensent certains auteurs)<sup>1)</sup>, soit plutôt de sa soumission corporelle au seigneur<sup>2)</sup>. De nombreux arguments militent en faveur de cette hypothèse. Tout d'abord nous n'avons pas de preuve qu'à l'époque très ancienne du droit germanique, il y ait eu un formalisme pour créer le lien de vassalité<sup>3)</sup>. Au contraire, nous voyons que lorsque le guerrier germain entre dans un comitatus, le chef lui remet une libéralité, des armes et un cheval<sup>4)</sup>. Chez les Lombards, chez les Wisigoths nous voyons également celui qui se recommande à un *patronus* recevoir de lui une libéralité<sup>5)</sup>. Chez les Francs après la *commendatio* nous voyons le patron faire une libéralité au *commendatus*<sup>6)</sup>. Ce ne sont pas là de simples présents d'usage. La conception très nette du droit germanique nous paraît être que le vassal n'est lié envers le seigneur qu'autant qu'il a reçu de lui une chose et qu'il la possède. Un capitulaire de Charlemagne qui défend au vassal d'abandonner son seigneur lorsqu'il a reçu de lui la valeur d'un sou est particulièrement caractéristique<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> V. Ehrenberg, *op. cit.*, p. 100 dans ce sens.

<sup>2)</sup> Le vassal se livre au seigneur par la *commendatio*, voilà pourquoi il devient son *homo* ou son *vassus* (Waitz, *op. cit.*, t. 4, p. 236 dans ce sens). Il faut également tirer argument de la signification originaire du mot *vassus* qui signifie esclave (Cf. Gierke, *Deutsche Genossenschaft*, I, p. 191, n. 55).

<sup>3)</sup> BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 190.

<sup>4)</sup> TACITE, *Germania*, 14, *exigunt enim a principis sui liberalitate illum bellatorem equum, illam cruentam victricemque frameam*.

<sup>5)</sup> Cette donation semble avoir été chez les Wisigoths obligatoire tout au moins lorsque le recommandé avait dû quitter un patron pour un autre *Wisig.* V, 34.

<sup>6)</sup> En 822 Herold reçoit les libéralités après avoir fait hommage. Cf. ERMOLDUS NIGELLUS IV, 601, ed DÜMMLER *Poetæ latini* II, 75.

*Mox manibus junctis regi se tradidit ultro.*

*Et secum regnum quod sibi jure fuit.*

„*Suscipe, Caesar, ait, me necnon regna subacta*”.

*Sponte tuis memet confero servitiis.*

*Cæsar at ipse manibus suscepit honestis.*

*Junguntur Francis Denica regna piis.*

*Mox quoque Cæsar, ovans, Francisco more veterano,*

*Dat sibi equum nec non ut solet arma simul.*

<sup>7)</sup> Cap. 813, C. 14, éd. BORETIUS, I. p. 172 „*quod nullus homo seniore suum dimittat postquam ab eo acceperit valente solido uno*. Cf. *Const. de Hispanis* de 816, c. 6, *ib.*, t. I, p. 262.



C'est la même conception qui nous explique pourquoi le recommandé est libéré de ses obligations envers le seigneur lorsqu'il lui a restitué sa terre ou le bien qu'il lui a donné. C'est la conception du droit wisigothique et du droit lombard <sup>1)</sup>, mais nous avons des raisons de croire qu'elle n'était pas étrangère au droit franc <sup>2)</sup>. Les documents qui nous renseignent sur la rupture du lien féodal nous montrent qu'au Moyen âge lorsque le vassal voulait rompre le lien féodal et „défier” son seigneur, il procédait à une *effestucatio*, c'est-à-dire aux formalités inverses de l'investiture, à une restitution symbolique de la terre <sup>3)</sup>. Beaumanoir nous dit que lorsqu' un vassal veut rompre le lien féodal pour avoir la liberté de mettre son seigneur en accusation, il doit commencer par lui rendre sa terre <sup>4)</sup>.

Tous ces documents sont donc de nature à nous faire considérer que le lien de vassalité est originairement formé par la remise d'un objet ou d'une chose par le seigneur au vassal. Cette hypothèse, qui nous fait apparaître le contrat de vassalité comme étant originairement un double contrat réel, ce qui nous paraît profondément germanique, nous explique seule pourquoi dès l'époque la plus ancienne il y avait un lien entre la possession de la chose donnée et l'obligation de fidélité <sup>5)</sup>. Puisque le vassal n'était lié

<sup>1)</sup> *Lex antiqua Wisigoth* 310, éd. ZEUMER, p. 18 „Si quis buccelario arma dederit [vel aliquid] donaverit si in patroni sui m[anserit] obsequio apud ipsum quae sunt donata permaneant. Si vero alium sibi patronum elegerit habeat licentiam cui se voluerit commendare, quoniam ingenuus homo non potest prohiberi, sed reddat omnia patrono quem deseruit. Similis et de circa filio patroni vel buccelarii forma servetur.

Cf. *Rotharis (liber Papiensis)*, c. 177, éd. PERTZ, *M. G. f.*, *Leges*, t. 4, p. 330. „Si quis liber homo potestatem habeat intra dominium regni nostri cum fora sua, migrare ubi voluerit et si ei aliquas res dux aut quicumque liber homo donavit et cum eo noluerit permanere vel cum heredibus ipsius ad donatorem vel ad heredes ejus revertantur. A la différence de l'homme libre ingénu l'affranchi ne peut pas quitter son patron. Cf. *Aistulf*, c. 11, *ib.* p. 199. Cf. pour les Bavares Brunner, *Sitz-ber. Akad. Berlin cit.*, p. 1186.

<sup>2)</sup> BRUNNER, *ib.*

<sup>3)</sup> V. Description de ces formalités dans FLACH, *Les origines de l'ancienne France*, t. 2, p. 537, et M. BLOCH, *La rupture de l'hommage* (extr. *Nouv. Rev. Hist.*, 1912).

<sup>4)</sup> BEAUMANOIR, éd. SALMON, ch. 61, n°. 1734.

<sup>5)</sup> V. En ce sens GIERKE, *Schuld und Haftung*, p. 205.



qu'autant qu'il possédait la chose donnée, il pouvait donc paraître logique et rationnel d'admettre que réciproquement lorsque le vassal ne remplissait pas ces obligations, le seigneur pouvait reprendre la chose donnée. Pour nous expliquer comment ce phénomène réflexe se produisit, il ne suffit pas de constater l'influence de la théorie romaine de la révocation pour ingratitude.

Il s'est produit en réalité une transformation plus profonde de la notion du droit de propriété. Tandis qu'en droit romain classique la propriété ne pouvait être transférée *ad tempus* ni sous une modalité extinctive ou résolutoire <sup>1)</sup>, nous voyons au contraire dans le droit mérovingien, comme l'a magnifiquement mis en lumière M. BRUNNER <sup>2)</sup> la possibilité de faire des donations en pleine propriété sous une modalité, terme ou condition: donation en propriété viagère permettant, à la différence de l'usufruit, au propriétaire viager de disposer de la chose; propriété conditionnelle subordonnée au devoir de fidélité. En dehors du droit Bavaois M. BRUNNER en trouve des exemples dans le droit Burgonde et dans le droit franc <sup>3)</sup>. Il pense voir là une conception générale à toutes les populations germaniques. Les donations qui sont faites au fidèle *in proprium* sont faites en propriété. Il peut en disposer avec le consentement du seigneur, mais du jour où il devient infidèle, le seigneur reprend la propriété en respectant cependant les actes faits par lui antérieurement <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> GIRARD, *Manuel cit.*, p. 735. CUQ, *Manuel cit.* p. 225.

<sup>2)</sup> Sitz. Ber. Akad. Berlin 1885, *loc. cit.* p. 1181.

<sup>3)</sup> V. Chez les Burgondes les donations faites par le roi transmissibles aux héritiers à condition „*uti posteritas eadem devotione et fide deserviat*”, Gundobada, I, 4, éd. DE SALIS (*M. G. Leges*, 4<sup>o</sup>), p. 42. Chez les Francs voir de nombreux textes de donations *in proprium* faites à charge de fidelitas (p. ex. textes de 843, dans *Rec. Hist. Fr.* t. 8, p. 380. Actes de 842 et 844 dans MARTÈNE, *Amplissima Collectio*, I, col. 102 et 103).

<sup>4)</sup> Lorsque les biens donnés *in proprium* sont confisqués, le roi respecte les ventes et aliénations antérieures faites par le *fidelis*, Cf. p. ex. actes de 884 (*Rec. Hist. Fr.*, t. 9, p. 432, n<sup>o</sup>. 17, Donation de Carloman à l'Eglise de Narbonne). „*Iterum, per verae discussionis iudicium ipsae res absque uno villam . . . quem ante bannum vendiderat et propter alios ejusdem proprietatis portiunculas quas antea per cartarum strumenta si idonea comprobata fuerunt hominibus intra ipsos nostrae dominationis terminos commanentibus per convenientiam conscriptam dederat . . . pleniter ad fiscum redegerint.*”



Ainsi le droit germanique était arrivé à faire du contrat de vassalité un contrat qui à certains égards se rapproche singulièrement du contrat synallagmatique Romain. Néanmoins il nous paraîtrait inexact de considérer qu'originellement la commise est la sanction d'un contrat synallagmatique. Le contrat de vassalité ne se forme pas, nous avons dit, par le simple consentement des parties, mais en quelque sorte *re*. Il est possible au vassal ou même au seigneur de rompre ce lien à volonté. En fait le seigneur ne le rompra que quand il aura des motifs graves à invoquer contre son vassal; au contraire, le vassal semble avoir pu le rompre simplement en restituant ce qui lui a été donné. Il est vraisemblable qu'il en était de même originellement chez les Francs, puisque nous voyons les capitulaires carolingiens chercher à restreindre cette faculté en interdisant aux autres seigneurs de recevoir le vassal qui abandonne son seigneur sans motif<sup>1)</sup>. La notion de contrat synallagmatique est d'ailleurs une notion trop savante pour servir à analyser le contrat de vassalité et l'origine de la commise. La commise n'est pas dans l'idée des Germains la sanction de l'inexécution d'une obligation. Leur conception est plus objective: la propriété de la chose donnée ayant été transférée sous condition, si cette condition vient à défaillir, la propriété doit faire retour au donateur. C'est la simple application de cette idée naturelle et primitive du troc, de l'équivalence entre le service rendu et la rémunération de ce service. Lorsque plus tard les jurisconsultes appliquèrent à la vassalité la notion d'obligation et la théorie de la cause, ils n'ont fait que donner un nom romain<sup>2)</sup> à ce sentiment profondément germanique<sup>3)</sup>, qui masque peut être lui-même une notion encore plus primitive<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Waitz, *op. cit.*, t. 4, p. 200 n°. 2. *Divisio imperii* de 806, c. 8 ed BORETIUS, I. p. 123.

<sup>2)</sup> V. Sur l'adaptation de cette théorie de la cause au contrat féodal, ESMEIN, *Nouv. Rev. Hist.*, 1894, p. 525.

<sup>3)</sup> GUILHIERMOZ, *op. cit.*, p. 234 nous montre de nombreux textes littéraires du moyen âge où ce sentiment est exprimé. Ces témoignages méritent d'être rapprochés de l'ingénieuse hypothèse de M. BRUNNER, *Sitz. Ber. Ak. Berlin*, 1885, p. 1176 sur le caractère rémunérateur de la libéralité en droit germanique et sur le sens du mot *schenken* qui évoque l'idée de pourboire.

<sup>4)</sup> Une notion plus ancienne que l'idée d'un pourboire ou d'un salaire c'est



2°. Le second lien qui nous explique l'origine du régime féodal, c'est le lien d'obéissance et de fidélité politique qu'on appelle parfois du nom équivoque de „*fidelitas*”. Tous les sujets du royaume doivent obéissance au roi. Celui-ci peut exiger de chacun d'eux la prestation du serment de fidélité. Cette pratique du serment dont les origines sont peut être romaines existe déjà à l'époque mérovingienne; elle se développa plus particulièrement à l'époque carolingienne. Il se produisit alors une certaine confusion du lien de fidélité politique et du lien de vassalité. D'une part les rois carolingiens ont modelé l'obligation du sujet sur celle du vassal. Le sujet doit en effet obéissance au roi „*sicut homo domino suo*”<sup>1)</sup>. D'autre part ils ont joint les formalités de l'hommage et celle du serment de fidélité voulant utiliser les liens de vassalité pour gouverner le royaume par l'intermédiaire des grands<sup>2)</sup>. Cette transformation du droit carolingien nous explique peut être pourquoi dans le droit du moyen âge l'hommage est devenu un contrat unilatéral assez voisin du serment, dont la sanction morale et même civile est indépendante de la contre-prestation reçue par le vassal. Mais si l'hommage a pu devenir un mode de contracter des obligations dans le droit du X<sup>e</sup> siècle, cela ne signifie pas que primitivement<sup>3)</sup> il ait eu ce caractère, et si au moyen âge les textes semblent nous présenter parfois la commise comme la peine de la „*foi mentie*” il faut

l'idée d'une fraternité d'armes ou d'une parenté par la remise d'un objet que l'on retrouve chez des populations tout à fait primitives. Le lien de vassalité n'est pas seulement un échange de services: c'est une sorte de parenté qui s'établit entre le vassal et le chef. C'est peut être à cause de cette parenté que le vassal peut se dire le „pair” de son chef (v. sur ce sens du mot *par* à l'époque carolingienne, SICKEL, *Beiträge zur Diplomatik, Sitzungsberichte Kais. Akad. Wissenschaft*, t. 42, p. 185, n. 1). Voilà pourquoi BEAUMANOIR dit encore que le vassal est le „compère” du seigneur, ch. 61, n°. 1773, éd. SALMON. Cette idée du lien de parenté entre le seigneur et le vassal qui a été exagérée par M. FLACH, *op. cit.* (v. critique d'ESMEIN *N. R. H.*, *loc. cit.*) nous paraît exacte. La reprise de la chose donnée ne serait pas seulement la rupture d'un lien contractuel mais la rupture d'un lien familial créé artificiellement.

<sup>1)</sup> Cap. 802, *in fine*, éd. BORETIUS, t. I, p. 101.

<sup>2)</sup> V. Sur tous ces points EHRENBURG, *op. cit.*, p. 106.

<sup>3)</sup> V. Dans ce sens PLATON, *l'Hommage féodal comme moyen de contracter des obligations*, p. 30 et 97.



voir là une idée différente de celle de la violation du serment de fidélité, bien qu'elle se confonde souvent avec la notion de parjure.

La jonction de l'hommage et du serment de fidélité à l'époque carolingienne nous explique peut être également pourquoi l'obligation du vassal a pris, à partir du VIII<sup>e</sup> s. à côté du caractère privé qu'elle avait anciennement, un caractère politique. Mais ni le serment de fidélité, ni l'idée même de fidélité politique ne sont suffisants à nous expliquer les origines de la commise: ils n'ont simplement pu contribuer qu'à modifier certains des éléments originaires.

3°. De même la simple notion de vassalité ne peut pas à elle seule nous expliquer l'origine de la commise. La commise n'est pas, en effet, simplement le retour d'une libéralité au donateur. La commise féodale est surtout caractérisée par le retour de la tenure féodale au concédant. Seule l'origine bénéficiale peut nous expliquer ce caractère essentiel de notre institution. En effet, le *beneficium* (mot qui signifie primitivement simple libéralité)<sup>1)</sup> est dans le droit carolingien un type particulier de libéralités dans lesquelles le donateur se réserve la propriété de la chose donnée et ne laisse au donataire qu'un droit de jouissance parfois transmissible. Le *jus beneficiarium* s'oppose au *jus proprium*<sup>2)</sup>. Les donations faites *in proprium* qui étaient fréquentes à l'époque mérovingienne n'ont pas disparu à l'époque carolingienne. Nous en avons dans les textes de nombreux exemples qui ne paraissent pas d'ailleurs particuliers à une région déterminée<sup>3)</sup>, mais si les

<sup>1)</sup> Sur le sens originellement assez vague du mot *beneficium* v. FUSTEL DE COULANGE, op. cit., p. 70.

<sup>2)</sup> Cf. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 2, p. 255, n. 64. Le *jus beneficiarium* et assimilé dans les textes carolingiens soit à l'usufruit, parce qu'il ne confère qu'un droit de jouissance, soit au *precarium* parce qu'il ne confère qu'un droit précaire. Voir l'énumération de ces textes qui portent *beneficario seu usufructuario jure* ou bien *beneficario seu precario* dans WAITZ, op. cit., t. 4, p. 179; sur l'opposition entre le *jus proprium* et le *jus beneficiarium* v. de nombreux textes, par ex. DECHAMASSE *Cart. de l'Eglise d'Autun*, p. 77 (acte de l'an 900) *alter ex sua proprietate alter ex rebus sui beneficii*. Cf. actes transformant une donation *beneficario jure* en une donation *in proprium* de 843 dans MARTÈNE, *Coll. I*, col. 103.

<sup>3)</sup> M. BRUNNER. *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 2 p. 252 pense que les donations *in proprium* sont des particularités locales et spéciales à la Septimanie. En réalité nous avons des exemples de libéralités *in proprium* à l'époque carolingienne



donations à titre de bénéfices sont devenues plus fréquentes à l'époque carolingienne, c'est qu'elles assuraient un plus grand pouvoir au donateur sur la chose donnée qu'une simple donation *in proprium* et notamment elles avaient pour résultat d'empêcher le bénéficiaire de disposer de la chose donnée en bénéfice <sup>1)</sup>.

Les origines du bénéfice sont incertaines. Suivant les uns le *beneficium* proviendrait du *precarium* du droit romain <sup>2)</sup>. Suivant d'autres le *beneficium* s'expliquerait historiquement par les mesures destinées à réparer les sécularisations des biens d'église opérés par Charles Martel. Afin de respecter le droit des églises, sans porter préjudice aux bénéficiaires des libéralités de Charles Martel, on aurait eu recours à la fiction qu'elles étaient données en *precariae verbo regis* <sup>3)</sup>.

Ces deux explications sur l'origine du *beneficium* ne sont pas entre elles absolument inconciliables, car si l'on rattache le *beneficium* à la *precaria verbo regis* ce n'est pas une raison pour considérer que les règles du *beneficium* dérivent de celles qui étaient admises pour la *precaria*. En admettant même comme établi que les premières tenures en bénéfices ont été des *precariae verbo regis*, il faut reconnaître que ces terres n'étaient des *precariae* que vis à vis des églises. Si le précariste manquait aux obligations qu'il avait envers l'église, il ne perdait pas d'ailleurs pour cela son bénéfice; l'inexécution des obligations du tenancier *per precariam* à l'égard du propriétaire n'a qu'exceptionnellement cette sanction <sup>4)</sup>. Ce ne fut guère qu'au IX<sup>e</sup> siècle, pour des considérations d'ordre politique et non pour des raisons juridiques, qu'on décida que le bénéficiaire perdait son bénéfice s'il ne payait pas la dîme qu'il devait à telle ou telle église dont il était précariste <sup>5)</sup>.

---

dans la région Lyonnaise, cf. *Rec. Hist. Fr.*, t. 8, p. 379 (acte de 843); dans la région bourguignonne cf. acte de 867 dans BRUEL, *Chartes de l'abbaye de Cluny*, t. 1, p. 13, n<sup>o</sup>. 11; dans la région Rhénane (acte de 843) dans MARTÈNE, *Ampliss. Coll.* I, col. 103.

<sup>1)</sup> BRUNNER, *op. cit.* t. 2, p. 253. Cf. diplôme de 828. *Rec. Hist. Fr.* t. 6, p. 654, n<sup>o</sup>. 40. *Neque R. sibi ad beneficium datum eas res donare jure potuisse.*

<sup>2)</sup> EICHORN, *Rechtsgeschichte*, 70, p. 385.

<sup>3)</sup> WIART, *loc. cit.*, ESMEIN, *op. cit.* 12, p. 144.

<sup>4)</sup> Cf. WIART, *op. cit.*, p. 153.

<sup>5)</sup> V. Sur ce point SICKEL, *Acta regum et imperatorum karolinorum*, 1867, t. 2,



Mais dans les rapports entre le donataire et le roi, le bénéfice n'est qu'une libéralité. Si cette libéralité, comme dans la *precaria verbo regis* est faite sur une terre dont le roi n'est pas propriétaire, il est évident que le roi n'a pas pu en transférer la propriété, et il n'a pu concéder qu'un droit précaire et donc essentiellement révocable *ad nutum*. Ce qui a été créé *verbo regis* peut-être restitué à l'église (*revocatus verbo regis*<sup>1)</sup> et à ce point de vue le rattachement du *beneficium* au *precarium*, qui trouve d'ailleurs un appui sérieux dans les textes<sup>2)</sup>, ne saurait être écarté.

Il nous paraît même vraisemblable, étant donné cette origine de l'institution du *beneficium* et cette assimilation établie par les textes entre le *beneficium* et le *precarium*, que le bénéfice constitué par le roi sur une terre du fisc, ou constitué par un particulier sur sa propre terre avait en principe le caractère révocable *ad nutum*. Faut-il voir le germe de la commise féodale dans cette faculté originelle de révocabilité *ad nutum*? S'il en était ainsi, la commise féodale apparaîtrait comme une restriction à ce droit de révocation.

Si en fait cette restriction tendit à se produire de bonne heure, c'est à notre avis qu'il s'est opéré dès l'époque carolingienne la coordination entre le lien personnel de vassalité et le lien de tenure *per beneficium*. La tenure en *beneficium* s'adaptant merveilleusement au lien de vassalité, les rois, les seigneurs qui faisaient des libéralités à des vassaux, les hommes libres qui se recommandaient à des seigneurs et leur livraient leur terre pour les reprendre à titre de tenure, utilisèrent le *beneficium*. Le *beneficium* de même que la donation *in proprium* était susceptible

---

KAROLUS, n°. 181. Un acte du 23 avril 802 qui portait la peine de la perte du bénéfice en cas de non paiement de la dîme est démontré interpolé par SICKEL qui montre que cette sanction ne fut établie, après un essai de 829 concernant le cas de récidive, que par un capitulaire de 846.

<sup>1)</sup> Cf. Cap. d'Héristal (version lombarde) c. 14 (779), éd. BORETIUS, t. 1 p. 50 *de rebus ecclesiarum quae usque nunc per verba regis homines seculares in beneficium habuerant ut inantea sit habeant nisi per verbo regis ad ipsas ecclesias fuerint revocatas*, V. Ex. de révocation de libéralité de biens d'église concédés à des laïques en 885. *Rec. Hist. Fr.*, t. 9, p. 338.

<sup>2)</sup> P. ex. acte de 852 (donation de Charles le Chauve) dans MARTÈNE, *Thesaurus*, t. I, p. 39 „*jure beneficii more precario*”. Cf. d'autres exemples dans WAITZ, *op. cit.*, t. 4, p. 179.



de modalités et notamment pouvait être constitué soit à charge d'une redevance <sup>1)</sup> soit à charge de *fidelitas* <sup>2)</sup>.

La *fidelitas* était une notion très souple qui variait suivant la nature des services que l'on pouvait attendre du bénéficiaire. Les exemples que WAITZ cite d'après les *traditiones* de Frisingen ne semblent faire aucune allusion à une fidélité d'ordre militaire. Mais dans la législation des capitulaires nous voyons qu'il existait un lien entre la donation et l'obligation militaire.

Par suite de cette adaptation du *beneficium* au lien de vassalité, le caractère de précarité s'effaça sans disparaître cependant complètement (il est possible d'en retrouver des traces au moyen âge) <sup>3)</sup>. Il se passa dans le droit occidental une évolution analogue à celle qui se produisit jadis dans le droit byzantin. Dans le droit de Justinien, le *precarium* était devenu un contrat du type *facio ut facias* et la révocabilité *ad nutum* avait tendu à faire place à la révocation pour inexécution des devoirs. Il en est à peu près de même dans le droit carolingien, bien que ce droit procède, comme nous l'avons vu, d'une conception différente. La perte du bénéfice par le vassal apparut comme la peine du manque de *fidelitas* ou d'une indignité <sup>4)</sup> morale. Celui qui a abandonné son seigneur au combat <sup>5)</sup>, celui qui ne vient pas au secours d'un compagnon d'armes en danger <sup>6)</sup>, qui refuse d'accompagner le seigneur dans

<sup>1)</sup> Par exemple bénéfice conféré à Robert abbé de St. Amand en 953 par Charles le Chauve, MARTÈNE, *Thesaurus*, t. I, col. 39.

<sup>2)</sup> V. De nombreux exemples dans WAITZ, *op. cit.*, t. 4. p. 206 n. 1; p. 232 n. 2 p. 200, n. 2. Le lien entre le bénéfice et la *fidelitas* est indiqué par des conjonctions comme *duntaxat ut*, *ea ratione ut*, *ea conditione ut*. Les bénéfices cités dans ces textes sont constitués soit par le roi, soit par des comtes, soit par des abbayes. A l'époque carolingienne il y a également des bénéfices „de reprise” constitués par des terres que leurs propriétaires ont apportées à un seigneur pour les reprendre ensuite *jure beneficii*, v. p. ex. cap. de 818/819, c. 4, éd. BORETIUS, t. 1, p. 287.

<sup>3)</sup> GUILHIERMOZ, *Bib. Ec. Ch.*, 1899, p. 74—75. Cf. *Lib. Feud.*, *Vulgat.* I, 1 § 2 (= *Antiqua*, 1, 2, ed LEHMANN, p. 84).

<sup>4)</sup> Cf. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 2, p. 254: certaines concessions de bénéfices précisent que le bénéficiaire sera privé de bénéfice s'il manquait de *fidelitas*. V. exemples au IX<sup>e</sup> s. dans MEICHELBECK, *Trad. Frising*, t. 2 p. 168 n°. 318, p. 142, n°. 351, p. 184, n°. 347.

<sup>5)</sup> *Cap. Bonon.* (811), éd. BORETIUS, t. 1, p. 167.

<sup>6)</sup> *Cap. Aquisgran.* (813), c. 20, *ib.*, t. 1, p. 172.



une expédition <sup>1)</sup>, celui qui méconnaît les ordres du roi <sup>2)</sup>, qui refuse de participer à l'arrestation de voleurs <sup>3)</sup> ou de se rendre à l'armée royale avec la cuirasse (*brunia*), s'il est un *homo de duodecim mansis* c'est-à-dire un bénéficiaire qui possède 12 manses <sup>4)</sup>, celui qui sacrifie les intérêts du bénéfice à ses intérêts propres <sup>5)</sup> doit perdre le bénéfice. La même peine peut frapper également ceux qui ont commis des délits particulièrement graves <sup>6)</sup>. Mais la peine de la perte du bénéfice ne s'applique pas automatiquement et brutalement. Le roi peut restituer <sup>7)</sup> ceux qu'il a pris; il peut limiter la peine à quelques terres, il peut même trouver intérêt à ne pas la prononcer, comme par exemple dans le cas où le fidèle refuse de venir à la convocation de l'armée royale <sup>8)</sup>.

Mais la perte du bénéfice ne s'explique pas seulement par la notion d'*infidelitas* ou d'indignité morale: elle peut se justifier aussi par ce fait que le donateur restait toujours propriétaire de la chose donnée en bénéfice. Cette chose n'était concédée que pour la durée de la vie du seigneur et du vassal. En cas de mort de l'un d'entre eux, le bénéfice était éteint, et, pour le renouveler, il fallait un acte du concédant, qui n'y procédait naturellement que si le vassal lui témoignait de sa *fidelitas*: Faute donc de lui donner ce témoignage <sup>9)</sup> ou d'alléguer l'impossibilité matérielle <sup>10)</sup> de le faire, le vassal bénéficiaire perdait le bénéfice. Ce même droit de propriété du concédant nous explique que si le bénéficiaire

<sup>1)</sup> Voyage à Rome p. ex; V. les arguments invoqués par Hincmar contre un vassal qu'il a privé de son bénéfice dans MIGNE, *Patrologie latine*, t. 125, col. 1035.

<sup>2)</sup> *Cap. leg. ad.*, 818, c. 16, ed. BORETIUS, t. 1, p. 284.

<sup>3)</sup> *Cap. Heristal.*, 779, c. 9, *ib.*, t. 1, p. 48.

<sup>4)</sup> *Cap. Theod.*, 805, c. 6, *ib.*, t. 1, p. 123.

<sup>5)</sup> *Cap.* 819/9, c. 3. *ib.*, t. 1; p. 287.

<sup>6)</sup> Pillages (acte de 910, *Rec. Hist. Fr.*, t. 9, p. 373); meurtre d'un comte (*Hist. du Languedoc*, t. 2, preuves n°. 194, acte de 968); Inceste (807); dans MARTÈNE, *Ampl. collect.*, t. I, col. 60.

<sup>7)</sup> P. ex. V. restitution faite par Louis le Pieux en 836 à Richard des bénéfices qu'il lui avait concédés *ad proprium*, puis confisqués pour rébellion. *Rec. Hist. Fr.*, t. 6, p. 625, n°. 235.

<sup>8)</sup> V. Sur ce point BRUNNER, *op. cit.*, t. 2, p. 254, n. 56.

<sup>9)</sup> Cf. WAITZ, *op. cit.*, t. 4, p. 221, n°. 2 et lettres d'EINARD, *M. Germ. hist.*, 4°, *epist. Karol.*, t. 3, p. 122 (de 823 à 832).

<sup>10)</sup> Cf. lettres de FROTARIUS, *ib.*, t. 3, p. 288.



contestait d'une façon quelconque le droit du concédant <sup>1)</sup> procédait à des actes de propriétaire sur le bénéfice, ou s'il laissait à l'abandon la terre qui lui était concédée il pouvait en être également déchu <sup>2)</sup>.

Cette énonciation des cas de perte du bénéfice que nous glanons à travers les capitulaires et les chartes et qui sans doute est loin d'être complète, nous indique vraisemblablement qu'en fait les bénéfices n'étaient pas révocables *ad nutum*. Ces dispositions auraient été sans intérêt si le concédant avait usé en fait de ce pouvoir arbitraire. Y a-t-il là un progrès sur le droit de l'époque antérieure? Il serait peut être paradoxal d'affirmer qu'à l'époque mérovingienne les donations *in proprium* étaient irrévocables en droit, mais révoquées souvent en fait <sup>3)</sup> tandis qu'à l'époque carolingienne les donations *in beneficium* étaient révocables en droit mais irrévocables en fait sauf pour justes motifs. En réalité il est difficile de distinguer le fait du droit à notre époque et ce qui nous paraît certain c'est que dès l'époque mérovingienne la tendance contre les révocations arbitraires se manifeste, — le traité d'Andelot en est la preuve — et que cette même tendance continue à l'époque carolingienne, où malgré la généralisation des tenures *per beneficium ou jure usufructuario* le bénéficiaire ne peut être dépossédé du bénéfice que pour un juste motif <sup>4)</sup>. Dans les diplômes carolingiens qui prononcent la déchéance d'un bénéfice, le roi prend soin d'affirmer que c'est en vertu d'un jugement, d'une sentence prise avec le conseil des fidèles <sup>5)</sup>. Lorsque le jugement est rendu par le tribunal du comte, le roi se réserve le droit de l'approuver. De même, les comtes, les églises ne peuvent

<sup>1)</sup> MEICHELBECK *Trad. Frising.* t. 2 n°. 121, p. 93 acte du début du 9<sup>e</sup> siècle.

<sup>2)</sup> Cf. *cap. de Worms* de 829, ed. BORETIUS, t. II, p. 14, c. I. La perte du bénéfice n'avait lieu qu'après le délai d'un an suivant la sommation faite par le comte ou le *missus*.

<sup>3)</sup> FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.* p. 60 pense que des donations étaient révocables en droit et ne voit dans le traité d'Andelot qu'une tendance contre cette révocabilité, mais ce n'est là qu'une simple affirmation.

<sup>4)</sup> C'est un principe que nous trouvons dans le capitulaire de Louis II de 885, c. 4, ed BORETIUS t. 2 p. 92. *Neque privari absque legali sanctione aliquem nostrorum fidelium volumus beneficio jubemus ne quis suum depravet nullo modo.*

<sup>5)</sup> P. ex. diplôme de 807. MÜLHBACHER, *loc. cit.*, diplôme de 910. *Rec. Hist. Fr.*, t. 9, p. 373.



pas reprendre arbitrairement les bénéfices à leurs bénéficiers le roi se réserve le pouvoir d'apprécier le motif de ces révocations <sup>1)</sup>.

Réciproquement les rois carolingiens ne veulent pas que le bénéficiaire puisse se dégager de la *fidelitas* qu'il doit au seigneur en dehors d'un juste motif. Le capitulaire de 813 qui interdit au vassal de quitter son seigneur lorsqu'il a reçu de lui la valeur d'un sou, le lui permet s'il attente à sa vie, à son honneur, à ses intérêts *si eum vult occidere aut cum baculo coedere vel uxorem aut filiam maculare seu hereditatem ei tollere*, s'il veut le réduire en servitude ou s'il ne prend pas sa défense, *postquam ipse manus suas in ejus commendaverit* <sup>2)</sup>. Dans ces textes nous voyons affirmer avec netteté la réciprocité d'obligations entre le seigneur et le vassal: le vassal est obligé par la libéralité reçue, le seigneur par la *commendatio*, mais la seule sanction des obligations du seigneur c'est que s'il y manque il sera permis à un autre seigneur de recevoir la *commendatio* de ce vassal <sup>3)</sup>: le droit carolingien est trop pénétré, sans doute, encore de cette idée que le bénéfice est la propriété du seigneur pour admettre que dans ce cas ce dernier perdra tout droit sur le bénéfice donné par lui.

## II. LA COMMISE EN DROIT COUTUMIER FRANÇAIS DU Xe- AU XIIIe SIÈCLE.

### I. LES CAS DE COMMISE.

L'explication historique des origines de la commise féodale est donc dans la superposition du lien de vassalité et de la tenure bénéficiaire. Du Xe- au XIIIe siècle nous voyons le lien de vassalité se maintenir intact, mais le droit du seigneur sur le bénéfice s'atténue: le bénéfice tend à devenir un fief sur lequel le vassal

<sup>1)</sup> Pour le comte v. diplôme de 910 cité à la note supra, pour les églises v. lettre d'Hincmar au roi dans MIGNE, *Patrol. latine*, p. 125 col. 1035 *Filius Ludonis ad vestram dominationem se reclamavit quia ab episcopo exenium acceperit et patris sui beneficium ei donaverit et inde ab eo irrationabiliter tulerit. Cf. synode de Tuzy. c. 4 et 13 (MAUSI XVI, 585) „Decretum fuit ut beneficia sua quae irrationabiliter perdiderunt recuperare deberent”.*

<sup>2)</sup> Ed. BORETIUS, t. I, p. 172.

<sup>3)</sup> Le vassal qui abandonnait sans juste motif le seigneur, ne pouvait être reçu par un autre seigneur. Cf. *Divisio imperii* 806, c. 8. *ib.* t. I, p. 128.



a des droits patrimoniaux. Donc notre période peut se caractériser par les 2 traits suivants: 1°. Persistance du lien de vassalité. 2°. apparition de la patrimonialité des fiefs.

1°. *Persistance du lien de vassalité.* Le lien de vassalité est, nous l'avons vu, un lien personnel entre le seigneur et le vassal. Partant de cette idée assez juste que dans la formation du régime féodal c'est ce lien qui a le plus d'importance, M. FLACH<sup>1)</sup> est cependant arrivé, en ce qui concerne la commise, à une conclusion que nous croyons erronée. Cet éminent auteur ne voit en effet originairement dans la commise ou perte du fief qu'une déchéance pour indignité, il nie l'existence au début de l'époque féodale de la commise pour défaut de service. Sans doute nous savons que la perte du fief apparaît souvent dans les textes de cette époque comme le châtement d'une indignité morale, mais ce n'est pas une raison suffisante pour nier l'existence de la commise pour défaut de service.

Les rares documents que nous possédons entre l'époque carolingienne et le XIII<sup>e</sup> s. ne nous permettent pas d'en douter. A notre époque le vassal perdra son fief s'il s'est rendu indigne<sup>2)</sup>. La même peine le frappera s'il se montre infidèle envers son seigneur, si par exemple il l'abandonne<sup>3)</sup>, s'il ne reconnaît pas sa justice (soit l'autorité de ses jugements, soit plutôt l'autorité de ses agents fiscaux)<sup>4)</sup>; s'il participe à une guerre contre lui<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> *Op. cit.* t. 2 p. 539 et t. 3. p. 95.

<sup>2)</sup> P. ex., *cart. de la trinité de Vendôme* (ed. MÉTAIS) t. 1. p. 34 jugement de la cour d'Anjou de 1034 prononçant la perte des fiefs du comte de Langeais pour avoir assassiné un de ses cognats: même théorie dans les lettres d'INNOCENT III pour les fiefs des hérétiques tenus de église. *Lettres* liv. 12, n<sup>o</sup>. 172, ed. MIGNE *Patrologie latine*, t. 212, col. 185 (1209). *De feodis quae ab ecclesiis detinent eadem ad jus ac potestatem ecclesiarum devolvantur.*

<sup>3)</sup> *Ib.* t. 1. p. 117 Jugement de 1046 privant un vassal de son fief pour avoir refusé d'assister son seigneur dans une guerre.

<sup>4)</sup> SUGER. *Vie de Louis le Gros*, éd. LECOY DE LA MARCHE, p. 45, le seigneur de Ste. Sévère est privé de son bénéfice par le roi LOUIS VI qui l'avait mis dans l'alternative „aut exequendum justitiam aut jure pro injuria castrum lege Salica amittere”. V. Sur les circonstances de fait CHÉNON, *Histoire de Ste Sévère en Berry*, p. 20.

<sup>5)</sup> Cf. *Cart. Trinité de Vendôme*, loc. cit., t. 1, p. 123, jugement de 1046 contre un vassal qui est condamné à la perte de ses fiefs pour avoir fait une guerre contre son seigneur malgré la fidélité qu'il lui doit.



et au cas où c'est une femme ou une fille qui possède le fief, si elle se marie sans le consentement du seigneur<sup>1)</sup>. Le manque d'obéissance, l'inexécution du service féodal est donc à notre époque une cause de commise féodale. Cela n'a rien d'incompatible avec la notion de démerite personnel. Lorsque le vassal désobéit au seigneur, il ne mérite plus de posséder le fief<sup>2)</sup>. La commise pour inexécution de service n'est donc qu'un cas particulier de la perte du fief pour démerite. C'est précisément cette notion à la fois d'indignité et de désobéissance au seigneur qui est exprimée par le mot de félonie au XIII<sup>e</sup> s. mais vraisemblablement déjà bien plus anciennement<sup>3)</sup>.

La notion d'indignité comprenait donc aussi bien le délit contre le seigneur que les autres délits. L'idée que le fief fait retour au seigneur par l'indignité du vassal se retrouve encore au XIII<sup>e</sup> s. dans les Assises de Jerusalem<sup>4)</sup> qui admettent la commise du fief par le seigneur féodal pour hérésie ou pour trahison. Dans le droit Normand le retour du fief au seigneur féodal a lieu en cas de crime du vassal; dans ce cas le roi avait la saisine pendant un an de la terre du vassal, ce qui lui permettait originairement d'exercer le droit de ravage; après ce délai il devait restituer cette terre au seigneur féodal<sup>5)</sup>. Ce n'est pas sans doute là à proprement

<sup>1)</sup> D'ESPINAY, *Les cartulaires angevins*, p. 130.

<sup>2)</sup> Cf. FULBERT DE CHARTRES, *Rec. Hist. Franc.* t. 10, p. 463. Lettres sur les devoirs, des vassaux „*ut consilium et auxilium domino praestet si beneficio vult dignus videri*”. Cf. également l'argumentation d'Eudes de Chartres menacé de la perte du bénéfice par le roi ROBERT (1023) *Rec. Hist. Franc.* t. 10, p. 501, n<sup>o</sup>. 20: quant à ce qui est le *meritum servitii*, il prétend avoir été toujours un serviteur zélé du roi.

<sup>3)</sup> Cf. DUCANGE, V<sup>o</sup>. *Felonia*. Cf. Sur l'évolution du mot félonie dans le droit anglo-normand. POLLOCK et MAITLAND, *The history of English law*, t. 1, p. 352.

<sup>4)</sup> *Livre de Jean d'Ibelin* ch. 95, *Ass. Jérusalem*, éd. BEUGNOT, t. 1., p. 303. Nous voyons parmi les cas où le vassal doit être déshérité lui et ses hoirs non seulement le cas du vassal coupable d'une grave félonie envers son seigneur mais celui du vassal qui est „*hérétique et se renie*” ou du vassal „*appelé de trahison et vaincu en champ*.” Or le cas de trahison est un cas de haute justice et le cas d'hérésie est un cas de confiscation au profit du seigneur haut justicier ou du roi en droit Français; cf. BEAUMANOIR, éd. *Salmon*, ch. 58, n<sup>o</sup>. 1642 et ch. 30 n<sup>o</sup>. 833.

<sup>5)</sup> BRACTON *de legibus Angliae*, éd. TWISS t. 2. p. 342 admet que le retour



parler une commise pour indignité, mais c'est le retour du fief au seigneur pour l'indignité du vassal.

Néanmoins nous verrons que dans le droit du XIII<sup>e</sup> s. la tendance générale fut de restreindre le domaine propre de la commise à celui d'une atteinte à la personne ou à l'autorité du seigneur féodal. Cette restriction du domaine de la commise peut s'expliquer par l'influence d'une doctrine des feudistes que nous étudierons plus loin <sup>1)</sup>, et de la distinction entre le délit contre le seigneur et le délit contre les tiers. Mais il convient de remarquer que cette théorie n'a pu se développer en France d'une façon efficace que parce qu'elle s'harmonisait avec un état de droit préexistant. Nous avons vu en effet qu'à l'époque franque déjà la confiscation est différente de la commise. Au XIII<sup>e</sup> s. cette différence est encore plus nette. Une première différence entre la commise et la confiscation c'est que la première porte seulement sur les fiefs, la seconde sur tous les biens. Il est vrai qu'au XIII<sup>e</sup> s., tandis que quelques coutumes admettent la confiscation générale des meubles et des immeubles, d'autres l'ont éliminée complètement, ce qui d'ailleurs eut quelquefois pour contre-coup d'éliminer la commise <sup>2)</sup>.

Une seconde différence entre les deux institutions c'est que la commise sanctionne des délits féodaux que nous chercherons à préciser plus loin, tandis que la confiscation est la conséquence de la peine de mort ou du bannissement.

Mais la troisième différence qui est de beaucoup la plus importante c'est que la commise profite au seigneur féodal tandis que la confiscation profite seulement au haut-justicier. Il pouvait arriver, et c'est même un cas très fréquent, que le seigneur haut

---

au *capitalis dominus* n'aura lieu qu'après le paiement d'un droit au roi, mais cette restriction n'apparaît pas dans le *Très ancien coutumier Normand*, éd. Tardif ch. 89 t. 1. p. 85. „Tuit si bien sont le roi et ses meisons sont arses et ses arbres destruit et sa terre est tenue en la main le roi . . . et un an d'ilec en avant le terre est rendue a segneur del lieu et si oir en sont deshérité si que il ne peult recovrer l'éritage ni par don de segnor ne par autre manière.

<sup>1)</sup> V. *infra*, p. 83.

<sup>2)</sup> V. Sur les différentes coutumes BOUTILIER, *Somme rural* éd. 1621, liv. 2, tit. 15, p. 180 „En la comté de Hainaut n'a point de confiscation pour quelque meffaict, supposé que ce fust contre le seigneur propre.” Sur les coutumes qui ne connaissent que la confiscation des meubles v. VIOLLET. *Etablissements de St. Louis* t. 1. p. 47 et 106.



justicier fût en même temps seigneur féodal<sup>1)</sup>. Il y avait alors une véritable confusion entre la commise et la confiscation et nous en avons la preuve dans de nombreux textes de diverses régions<sup>2)</sup>.

Mais pour des raisons que nous n'avons pas à rechercher ici, il pouvait arriver que le vassal fût soumis sur son fief à la justice d'un autre seigneur que son seigneur féodal. Sans doute là où la règle „qui confisque le corps confisque les biens”<sup>3)</sup> ne

<sup>1)</sup> V. p. BEAUMANOIR, ed SALMON ch. 58 n°. 1641, VIOLLET. *Op. cit.* t. 4 p. 97.

<sup>2)</sup> V. p. ex *Olim* éd BEUGNOT t. 2 p. 187 n°. 49 : l'abbé de Brantôme en 1281 réclame le fief d'un de ses vassaux coupable parceque *per consuetudinem Franciae banniti sive dampnati pro crimine capitali committunt feoda illis a quibus tenentur*. Voir même confusion dans le *grand coutumier France* ed. LABOULAYE p. 229 et cf. BEAUMANOIR ed SALMON, ch 61. n°. 1772—1773 qui cite le cas du vassal coupable d'adultère avec la femme de son seigneur accusé à la fois de foi mentie et de trahison : cf. également *Assises Jérusalem*, loc. cit. l'accusation de foi mentie et de trahison est un cas où le vassal doit être „deserité” de son fief; cf. également dans le droit Normand le témoignage de MATHIEU PARIS *Rec. Hist. Franc.* t. 17, p. 695 Le roi de France en 1215 ayant mandé à lui ses vassaux *sub nomine culbertagii ne crimine majestatis damnum ex heredationis meruisse videantur vulgariter sub nomine feloniae*. Nous voyons que l'idée de félonie se combine avec l'idée de lèse majesté. Cf même conception dans les arrêts prononçant la confiscation des fiefs des vassaux normands qui avaient abandonné la cause du roi (*Olim*, 1260, t. 1 p. 123), Cf. *Summa de legibus* ed. Tardif, c. 12 et C. 13 t. 2, p. 30. Ce texte nous montre que tout sujet doit au duc la *ligeancia* et qu'en conséquence de son *infidelitas* il sera puni comme *traditor principis*. Cf en droit anglais application de cette idée contre THOMAS BECKET accusé à la fois de trahison et de *foi mentie* (*Rec. Hist. Fr.* t. 16 p. 107. Lettre d'Henri II au roi de France). Cf sur l'évolution de la félonie en Angleterre, Pollock et Maitland, *op. cit.* t. 1 p. 351. Mais il y a là une confusion plus apparente que réelle. Il y a en réalité superposition de la commise et de la confiscation.

An contraire dans le 2<sup>e</sup> procès de Jean sans Terre dont nous admettons l'existence d'après les arguments de M. Guilhaumez *Bib. Ec. Ch.* 1899, p. 45 il y a simplement confiscation. La Normandie a été acquise, suivant cet auteur, après les autres fiefs appartenant à ce prince non en vertu d'une commise comme l'Aquitaine mais en vertu d'une confiscation et c'est ce qui nous explique pourquoi le pape proteste contre cette annexion contraire aux principes du droit féodal mais conforme à la *consuetudo Francie* admise en matière de confiscation (v. les textes cités par M. Bemont, *Rev. Historique* 1886, t. 32 p. 33).

<sup>3)</sup> Sur la règle qui confisque le corps confisque les biens v. Loisel *Institutions coutumières*, ed Laboulaye et Dupin, n°. 839. Sur la distinction entre le fief et la justice *ib.* n°. 271.



permettait au seigneur haut justicier de s'emparer que des meubles on aurait pu concevoir logiquement que le seigneur féodal ait pu pour le même fait exercer la commise pour indignité. Mais dans le droit angevin du temps des Etablissements de St. Louis, qui ne connaissait que la confiscation des meubles, on ne semble pas admettre cette solution <sup>1)</sup>. De même dans le droit angevin du XIV<sup>e</sup> s. il n'est encore reconnu au seigneur confisquant qu'un droit de ravage sur la terre du vassal criminel après quoi la terre retourne à la famille du vassal. Comment expliquer ces textes? Sommes nous là en présence d'une survivance de l'ancienne copropriété familiale ou au contraire simplement d'un emprunt du droit angevin au droit des *libri feudorum*? Il faut remarquer que l'idée du respect du droit de la famille sur les fiefs paraît inconnu du droit Normand. Cependant il doit être rapproché du droit angevin car il connaît comme lui la pénalité du ravage: le fief ravagé ne fait jamais retour en Normandie à la famille du vassal <sup>2)</sup>. Ce retour à la famille n'est pas non plus admis à l'époque antérieure au XII<sup>e</sup> s. en Anjou. Au contraire, nous avons vu un document angevin du XI<sup>e</sup> s. qui semble admettre la commise du fief pour homicide <sup>3)</sup>. Il n'y est pas question du retour du fief à la famille du vassal. Cette observation est simplement de nature à nous indiquer que vraisemblablement il devait en être dans le droit Angevin primitif comme dans le droit Normand et que le fief ravagé retournait au seigneur féodal, l'idée des droits de la famille n'apparaissant qu'au XIV<sup>e</sup> ou au XIII<sup>e</sup> s.

Au contraire dans les pays où la confiscation portait sur les immeubles en cas de crime du vassal, c'était le seigneur haut-justicier qui confisquait ses fiefs. Il fut de bonne heure admis, peut

<sup>1)</sup> Il est vrai que le droit de ravage exercé par le seigneur sur la terre du vassal paraît comme une sorte de commise reconnue au seigneur dans les textes Orléanais du XIII<sup>e</sup>. V. *Et. de St. Louis II*, 36 „*Et est en la volonté des seignors de tenir comme lor propre domaine ou de faire ravage*”.

<sup>2)</sup> Le droit Normand reconnaît seulement le retour au seigneur. Il est vraisemblable qu'il en était primitivement de même du droit angevin. C'est ce qui semble résulter implicitement *a contrario* des *Anciens usages d'Anjou* (ed VIOLLET) § 26. „*Le seigneur ne peut prendre au vassal autre fié qui de lui ne vient*.” Le retour du fief à la famille du vassal n'apparaît d'une façon certaine que dans le texte du coutumier de 1411, éd BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, art. 77.

<sup>3)</sup> *Cart. Trinité de Vendôme*, ed. METAIS t. I. p. 34 (acte de 1034).



être sous l'influence de la doctrine canonique, que la confiscation ne pourrait pas préjudicier aux droits du seigneur féodal. Mais ce respect du droit du seigneur féodal n'a rien de comparable avec la commise du fief ou le droit de retour pour indignité. Car le seigneur confisquant était simplement tenu soit d'indemniser le seigneur féodal <sup>1)</sup> soit suivant la doctrine qui a prévalu de lui faire hommage du fief confisqué ou d'en „vider les mains” en faveur d'une personne qui lui ferait hommage <sup>2)</sup>: le fief confisqué n'était donc pas incorporé au domaine du seigneur féodal. Mais si le seigneur féodal avait invoqué l'indignité du vassal coupable d'un crime capital pour obtenir le retour du fief, il aurait par celà même porté préjudice aux droits du seigneur haut justicier.

On s'explique ainsi pourquoi le domaine de la commise s'est restreint au cas de manque d'obéissance et d'infidélité du vassal. Si le vassal manque à ses devoirs, nous avons le cas de félonie. S'il en nie l'existence nous avons celui de désaveu. Cette classification des cas de commise en félonie et désaveu qui n'est dégagée que par les jurisconsultes du XVI<sup>e</sup> s. nous paraît correspondre au droit du XIII<sup>e</sup> <sup>3)</sup>.

C'est l'idée de félonie qui nous explique pourquoi le vassal perdra son fief s'il manque de respect à la personne du seigneur <sup>4)</sup> s'il refuse d'obéir à ses ordres soit en matière administrative <sup>5)</sup>, soit en matière judiciaire, s'il s'insurge contre le jugement rendu

<sup>1)</sup> V. un exemple sous Louis VIII dans PETIT-DUTAILLIS, *Etude sur Louis VIII*, p. 505, n<sup>o</sup>. 430 (1226 oct.). Louis VIII assigne à l'archevêque de Narbonne 400 livres tournois de rente pour le dédommager de la perte des fiefs des hérétiques mouvants de l'évêché de Narbonne qui seront confisqués.

<sup>2)</sup> Par exemple application de cette idée dans l'ord. de mars 1302 sur les biens confisqués par le roi (REC. ORD., t. 1, p. 358).

<sup>3)</sup> Cette classification apparaît déjà au XIV<sup>e</sup> s. cf. JEAN DESMARES, *Décis.* n<sup>o</sup>. 302 et n<sup>o</sup>. 299, mais elle n'est pas exposée doctrinalement comme dans les textes coutumiers du XVI<sup>e</sup> s.

<sup>4)</sup> Par ex., s'il met la main sur son seigneur avant „que li sires l'ait mis sur lui”, s'il le dément, s'il gist „avec sa femme ou sa fille por coi elle soit pucelle”, s'il frappe un des officiers du seigneur, s'il pêche dans ses étangs ou chasse dans ses garennes, s'il abuse d'une pucelle dont le seigneur lui a confié la garde (*Etablissements de St. Louis*, éd. VIOLLET I, 52).

<sup>5)</sup> Le vassal perd son fief, s'il „met une fausse mesure dans sa terre” (*Et. de St. Louis*), éd. VIOLLET I, 52; Cf. égal<sup>t</sup>. *Chronicon Bescense* (1017) dans DACHERY,



par la cour de son seigneur en déclarant qu'il y a là faux jugement <sup>1)</sup>, en prétendant à tort que le seigneur refuse de lui rendre justice <sup>2)</sup>, soit en matière militaire, si le vassal fait la guerre au seigneur, s'il le livre à ses ennemis, s'il l'abandonne par „*mal repit*”, s'il refuse de l'accompagner dans une expédition, ou même simplement s'il ne prend pas la défense de son seigneur dont l'honneur est outragé par une accusation de trahison <sup>3)</sup>. Si la commise nous apparaît comme la sanction d'un défaut d'obéissance, cela ne veut pas dire que tout défaut d'obéissance ait pour sanction la commise. Il ne serait pas difficile d'en trouver des preuves, soit dans les Etablissements de St. Louis, soit dans Beaumanoir <sup>4)</sup>.

Le 2<sup>e</sup> cas que nous pouvons dégager dans les textes du XIII<sup>e</sup> s. c'est celui du désaveu. Le désaveu suppose que le vassal nie être vassal du seigneur parce qu'il prétend ne pas tenir son fief de sa seigneurie. Si le désaveu donne lieu à la commise, c'est que le vassal manque d'obéissance envers le seigneur puisqu'il nie l'existence même de ce devoir d'obéissance. Beaumanoir énumère 4 cas de désaveu; nous n'en retiendrons que deux: le premier c'est celui où le vassal voyant son fief saisi par le seigneur arrêtera l'effet de cette saisie en désavouant le seigneur <sup>5)</sup>, le second cas se différencie du premier en ce sens qu'il suppose que l'effet

---

*Spicileg.* t. 1, p. 549. Un laïque bénéficiaire d'un monastère s'engage à ne pas lever de cens illégitime sur les populations: En cas de récidive il consent à perdre son bénéfice. Cf. *egalt.* Coutumes de SIMON DE MONTFORT de 1214 dans GALLAND, le *franc-alieu*, p. 218. Le vassal qui possède un fief dans le Languedoc et qui ne rejoint pas son fief dans le délai fixé par le comte de Montfort perd son fief.

<sup>1)</sup> *Etab. de St. Louis*, I, 76.

<sup>2)</sup> BEAUMANOIR, *Cont. de Beauvoisis*, éd. BEUGNOT, 62, 5 = éd. SALMON, n<sup>o</sup>. 1786.

<sup>3)</sup> *Et. de St. Louis*, I, 52 et 53. Cf. également jugement de PHILIPPE AUGUSTE de 1204 dans DOM MARTÈNE, *Amplissima collectio*, t. 1, col. 1044. La commise du fief est prononcée contre l'homme lige d'un évêque pour avoir aidé ses ennemis à le faire prisonnier.

<sup>4)</sup> *Et. de St. Louis*, I, 57; BEAUMANOIR, éd. SALMON, ch. 61, n<sup>o</sup>. 1759, n<sup>o</sup>. 1734; en sens inverse la commise pouvait être stipulée par le contrat d'hommage pour un acte qui normalement n'entraînait pas la commise, p. ex. *Chartes de Cluny* 1275 dans ms. *latin*, *Bib. Nat.*, 5458, n<sup>o</sup>. 365, f<sup>o</sup>. 267 V<sup>o</sup>. Le vassal s'engage *sub poena commissionis* à défendre l'abbé de Cluny *in judicio* contre toute personne qui lui contesterait le droit à la dîme inféodée et à faire les frais du procès.

<sup>5)</sup> BEAUMANOIR (éd. SALMON) ch. 45, n<sup>o</sup>. 1420.



de la saisie est arrêté par l'intervention d'un tiers qui se prétend seigneur: le désaveu ne sera consommé que lorsque le vassal aura avoué ce tiers comme seigneur <sup>1)</sup>. Quant au 3<sup>e</sup> et au 4<sup>e</sup> cas de Beaumanoir nous n'en parlons pas, car le 3<sup>e</sup> est le cas de renonciation du vassal au fief; le 4<sup>e</sup> est celui du serf qui se déclare franc <sup>2)</sup>. D'après Beaumanoir, quelque soit le désaveu, il ne pourra entraîner la commise que du moment où le vassal aura avoué un autre seigneur <sup>3)</sup>. Dans la coutume de Beauvoisis ou „nulles terres ne sont sans seigneur” <sup>4)</sup> le désaveu pur et simple ou la revendication du caractère allodial serait en effet inconcevable mais il serait peut être inexact de voir là le droit commun du XIII<sup>e</sup> s.

Le désaveu peut être total ou partiel. Il y avait désaveu partiel lorsque le vassal reconnaissait être le vassal du seigneur mais niait tenir en fief de lui telle ou telle terre. C'est ce désaveu partiel qui porte parfois le nom de *recelatio* <sup>5)</sup>. Dans la jurisprudence du XIII<sup>e</sup> s. qui paraît d'ailleurs sur ce point influencée par les dispositions des *libri feudorum* <sup>6)</sup>, le recel semble avoir entraîné non la perte de tous les fiefs tenus du seigneur mais seulement la perte du fief recélé.

<sup>1)</sup> Ib. ch. 45 n°. 1421 C'est à ce cas qu'il faut rattacher l'hypothèse du vassal qui prend parti pour l'un des seigneurs en litige en cas de combat de fief V, p. ex. la commise prononcée contre le sieur de Bourdeilles pour avoir pris parti en faveur du roi d'Angleterre, arrêt de 1281, OLIM t. 2, p. 187, n°. 49. Cf. sur ce combat de fief L. DELISLE, *Restitution d'un livre perdu du Olim*, n°. 364 dans *l'Invent des Reg. du Parlement des Archives Nationales*.

<sup>2)</sup> BEAUMANOIR ch. 45, n°. 1422—1424.

<sup>3)</sup> Ib. ch. 45, n°. 1420, 1421, 1422.

<sup>4)</sup> „Nus selonc nostre coustume ne puet pas tenir d'alues”, ib. ch. 24, n°. 688.

<sup>5)</sup> Un arrêt des Olim, t. 2, p. 547 de 1311 est relatif au seigneur de Châteauroux, vassal du roi qui avait désavoué le roi en s'avouant le vassal du comte de La Marche pour Ste. Sévère. Si la commise avait été prononcée contre lui, c'est bien parce qu'il y a eu désaveu mais comme c'est un désaveu partiel (*recelatio*), constitué par le recel d'un fief, cela nous explique pourquoi, suivant la très juste remarque de M. CHÉNON. (*Les jours de Berry*, p. 233, n°. 124), la commise n'avait porté que sur la suzeraineté de Ste. Sévère et non sur tout le fief de Châteauroux.

<sup>6)</sup> V. *Infra*. C'est sous l'influence des *Libri feudorum* et de la théorie de désaveu partiel par recel que l'on décide au XIV<sup>e</sup> s. que le vassal doit perdre les fiefs qu'il a omis dans le dénombrement, *Gr. Cout France*, 2,25, ed. LABOULAYE et DARESTE, p. 275.



Quant à l'explication juridique de la commise pour félonie et pour désaveu elle se trouve dans la notion même du contrat féodal. On présente souvent dans les textes du Moyen âge la commise comme le châtement de la foi mentie<sup>1)</sup>. Cette notion „de foi mentie” que l'on trouve dès l'époque carolingienne<sup>2)</sup> évoque une idée de devoir moral du vassal envers le seigneur ou même du seigneur envers le vassal<sup>3)</sup>, le vassal doit au seigneur tout son dévouement et l'on le châtie autant de tel fait objectif que de son manque de dévouement<sup>4)</sup>.

Mais cela signifie-t-il que la foi mentie soit le manquement au serment prêté par le vassal? Tout d'abord nous croyons que la notion de foi mentie est distincte de la notion de parjure et n'implique pas nécessairement l'idée que le vassal ait manqué à son serment<sup>5)</sup>. Mais surtout nous pensons que la commise n'a pas uniquement le caractère de la sanction d'une obligation. La simple violation du serment d'hommage et de fidélité non accompagné

<sup>1)</sup> P. DE FONTAINES, éd. WARNIER, ch. 21, n<sup>o</sup>. 22, p. 24). L'auteur y dit que le vassal qui fait défaut à la cour du seigneur ne fait que perdre sa cour mais il garde son fief car „*tel défaut n'a mie en soi foi mentie encore i ait-il pecchie*”.

<sup>2)</sup> Cf. *Cap. Verm.*, c. 9, éd. BORETIUS, t. 1, p. 41. *Si quis seniore suum cui fidem mentiri non potest secutus fuerit* 11. — Cf. Au X<sup>e</sup> s., même notion de *fides mentita* dans *Gesta Consul. Andeg.*, éd. MARCHEGAY et SALMON, *Chroniques d'Anjou*, t. 1, p. 85.

<sup>3)</sup> Les seigneur se reconnaît le droit de saisir le fief *sine meffacere* et *sine fidem mentiri*, *Cart. des comtes de Champagne*. BIB. NAT., ms. latin 5992, f<sup>o</sup>. 215 v<sup>o</sup>., acte d'hommage de 1221.

<sup>4)</sup> Le texte des *Et. St. Louis*, I, 52 indique la peine de la commise contre le vassal qui abandonne son seigneur par *mal repit*.

<sup>5)</sup> FULBERT, *Rec. Hist. Fr.* t. 10, p. 463 établit une distinction entre le manque de *fides* et le parjure. Le vassal qui manque de foi envers le seigneur est à la fois *malefidus* et *perjurus*. Le seigneur qui manque de parole envers le vassal est simplement *malefidus*. Le seigneur en France ne prêtait pas serment à son vassal et cependant il était coupable de *foi mentie* s'il manquait à ces devoirs de seigneur: Cf. le texte du *Cart. de Champagne*. Ms. B. N., latin, 5992, *cit. supra* qui paraît être alors dans cette région une clause de style. Au contraire en Italie où le seigneur fait un serment, Hostiensis considère le seigneur et le vassal comme *perjuri* en cas de manquement à leurs obligations *Commentaria super III Decretal.*, de *feudis*, cap. I. Cf. égalt ESMEIN, *Les contrats dans le très ancien droit* p. 104; *Le serment promissoire*, p. 12.



d'investiture ne peut entraîner que des peines canoniques<sup>1)</sup> ou des peines stipulées par les parties<sup>2)</sup>. Si la violation du serment paraît entraîner la commise c'est en réalité parce qu'il y a un lien entre l'obligation de fidélité et la possession du fief. Ce qui explique donc la commise ce n'est pas le serment, c'est ce lien dont nous venons de parler. Ce qui doit nécessairement exister pour qu'il y ait commise c'est la possession du fief par le vassal. Peu importe que l'investiture précède le serment de fidélité comme en Italie ou qu'au contraire elle le suive comme en France; car il y aura toujours entre l'obligation de fidélité et la possession du fief un lien qui résultera en Italie de l'antériorité de l'investiture par rapport au serment de fidélité<sup>3)</sup> et en France de la précaution prise par le vassal de spécifier qu'il doit la fidélité à raison (*pro*) de tel ou tel fief<sup>4)</sup>. Au contraire il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait commise, qu'il y ait eu serment. Le serment peut être présent passé ou futur. Il peut même ne pas exister. Si d'ailleurs c'était le serment qui créait l'obligation féodale on ne s'expliquerait pas pourquoi les papes auraient si bénévolement et sans distinguer entre la possession du fief et les obligations féodales, refusé à la juridiction ecclésiastique le droit de connaître des matières féodales tant entre laïques<sup>5)</sup> qu'entre laïques et ecclésiastiques<sup>6)</sup>; on ne s'expliquerait pas pourquoi le vassal

<sup>1)</sup> V. de nombreux cas d'excommunication contre les vassaux qui manquent de foi envers le seigneur, *Cart. de Champagne*, Ms. latin B. N. 5992 f<sup>o</sup>. 66 r<sup>o</sup> (actes de 1216). Il faut d'ailleurs remarquer que suivant la doctrine canonique du XIII<sup>e</sup> s. le manque de foi est assimilé au parjure, ESMEIN, *Le Serment promissoire* p. 12.

<sup>2)</sup> P. ex. mesures d'exécution contre des otages.

<sup>3)</sup> *Lib. feudor*, ed. LEHMANN (*Antiqua* 8, 9 = *Vulgat* 2,4).

<sup>4)</sup> BRUSSEL, *Usage des fiefs* p. 70.

<sup>5)</sup> Bulle de Lucius III datée du *II Kal. Jan.* de Velletri 1<sup>ère</sup> année de son pontificat 30 déc. 1181 (plus vraisemblabl. 30 mai 1182 en corrigeant *II Kal. Jan.* en *II Kal. Jun.* d'après l'itinéraire des papes indiqué dans Jaffé), BIB. NAT., ms. latin, 5993 A, f<sup>o</sup>. 65, V<sup>o</sup>. (*Cart. des comtes de champagne*). Le pape dit *Interdicimus ne de feudis que de concessione virorum secularium detinentur, si quando de his inter seculares personas controversia vertitur, iudicium ecclesiasticum requiratur dummodo iustitia in curia seculari non deficeret conquerenti.*

<sup>6)</sup> Bulle du pape Célestin du 19 juin 1195 dans MERLET, *Cart. N. D. Chartres* t. 1, p. 247; le pape y interdit de poursuivre les clercs devant la cour séculière *nisi ratione feudi*, cf. sur la législation séculière ESMEIN, *Le serment promissoire*, p. 39.



pourra se délier de l'obéissance qu'il doit au seigneur en lui rendant son fief<sup>1)</sup> sauf bien entendu quelques atténuations basées sur une idée de respect envers le seigneur et sur des principes d'équité<sup>2)</sup>.

On ne s'expliquerait pas enfin la commise pour désaveu. Car le désaveu fait par un vassal qui n'a pas encore avoué son seigneur est puni de la commise. L'explication selon nous est dans ce fait que le vassal en désavouant le seigneur a acquis la saisine du fief qu'il ne possédait pas<sup>3)</sup>. Puisqu'il possède le fief, il doit la fidélité au seigneur mais puisqu'il ne possède ce fief que parce qu'il a désavoué son seigneur il doit être puni de cet acte d'infidélité par la commise.

Si au contraire le vassal n'est pas encore saisi du fief, le seigneur ne peut pas exercer contre lui la commise; tout ce qu'il peut faire c'est se saisir d'un fief dont personne n'est saisi.

C'est également par ce que c'est la possession du fief qui détermine l'obligation du vassal<sup>4)</sup>, que l'on s'explique pourquoi les francs fiefs concédés à des roturiers n'ont été admis que très tardivement par suite de l'évolution du fief vers la patrimonialité<sup>5)</sup>.

Mais cette notion ne suffit pas à nous expliquer pourquoi la commise des fiefs est différente de la commise des censives. Sans doute on pourrait croire que l'absence de la commise dans la plupart des coutumes du XVI<sup>e</sup> s. en matière de censives peut s'ex-

<sup>1)</sup> *Libri feudorum, vulgat.* 2, 38 „*Post refutationem ad serviendum non tenetur.*” BEAUMANOIR (éd. SALMON), ch. 45, n<sup>o</sup>. 1422, *quant li tenans ne veut obéir ne paier les redevances que li fiés doit, ainçois renonce à tout le droit du fief...* Si BEAUMANOIR dit „*mes non puis s'il n'i a resnable cause*” ch. 61, n<sup>o</sup>. 1736 le contexte montre qu'il s'agit là d'une opinion qui lui est personnelle. Cf. égal. ch. 61, n<sup>o</sup>. 1734, le vassal qui veut poursuivre le seigneur pour crime renonce à la fois au fief et à la foi et hommage.

<sup>2)</sup> *Ib.* ch. 61, n<sup>o</sup>. 1736—1737, *a l'homage fere pramet on a son seigneur foi et loiauté et puisqu'elle est pramise ce ne serait pas loiautés de renoncer i ou point que ses sires s'en doit aidier.*

<sup>3)</sup> Pendant le procès en désaveu „*les levées qui sont feles... doivent estre baillées au tenant, non pas aussi par recreance mes en delivre*”. BEAUMANOIR ch. 45, n<sup>o</sup>. 1420.

<sup>4)</sup> V. Le développement de ce proverbe „*qui reçoit s'engage*” dans BRUSSEL *op. cit.* t. 1, p. 351. Cf. PIERRE DE FONTAINES, *op. cit.* ch. 10 n<sup>o</sup>. 4. *Plus est tenu li franshoms à son seigneur par la raison de l'iretage ke li vilain pour ses rentes païans.* Cf. LOISEL *Inst. coutum.* éd. LABOULAYE et DUPIN n<sup>o</sup>. 48 t. 1 p. 67.

<sup>5)</sup> Cf. ESMEIN, *Cours... d'histoire du droit*<sup>12</sup>, p. 258.



pliquer par l'absence de serment d'hommage ou de fidélité dû par le censitaire au seigneur censier.

En réalité si le serment d'hommage ou de fidélité pour les censives et les tenures roturières paraît être tout à fait exceptionnel <sup>1)</sup>, cela n'est pas une raison pour que la commise ne s'exerce pas sur ces tenures dans les mêmes conditions que sur les fiefs.

Nous n'avons peut être pas en dehors de la Normandie de preuves absolument certaines de la commise des rotures pour felony; l'existence de cette commise en Normandie <sup>2)</sup> au profit du seigneur féodal nous montre seulement que elle n'est pas nécessairement la sanction du manquement à la foi promise par serment; quant à la commise pour désaveu elle nous paraît avoir originairement fonctionné tant pour les tenures féodales que pour les vilenages. Le livre de Jostice et de Plet <sup>3)</sup> ne semble pas établir de distinction. Beaumanoir semble écarter, il est vrai, la commise pour désaveu pour les censives, tandis qu'il la reconnaît pour les tenures féodales <sup>4)</sup>.

Cette conception de Beaumanoir s'explique parce qu'à son époque, le lien entre le censitaire et le seigneur censier est devenu un lien purement économique. Voilà pourquoi Beaumanoir qui refuse de reconnaître la commise des censives pour désaveu nous dit que le seigneur censier a le pouvoir de reprendre sa terre si le tenancier ne lui paye pas le cens <sup>5)</sup>. Cette commise censuelle qui présente, on le voit, une certaine analogie avec la commise emphytéotique a pu se maintenir exceptionnellement dans certaines provinces; mais si elle a disparu c'est vraisemblablement parce

<sup>1)</sup> L'hommage suppose un acte de soumission volontaire émanant d'une personne libre et franche, tandis que le serf doit cette fidélité sans avoir à faire hommage et l'on s'explique ainsi que les tenures serviles ou roturières, à la différence des fiefs n'aient pas été concédées à charge d'hommage.

<sup>2)</sup> BASNAGE, *Cout. de Normandie*, sur l'art 125, ed. 1778, t. 1, p. 194. Il n'y a en Normandie pour les rotures ni foi ni hommage, *ib.*, p. 171, n°. 2.

<sup>3)</sup> *L. de Jostice et de Plet*, éd. RAPETTI p. 285. *Celui qui tient héritage fief ou vilenage s'il desavoue son seigneur, la paine est la perte de l'héritage.*

<sup>4)</sup> Ch. 45 n°. 1443. *Li eritage qui sont tenu en vilenage ne se pueent desavouer.*

<sup>5)</sup> BEAUMANOIR éd. SALMON, de. 30, n°. 862. *Et se li sires veut sommer ses tenans à ce qu'ils perdent les lieux s'il n'est païés de tous les arriérages, doit enjoindre qu'ils aquitent l'eritages dedens un et jour, et s'il ne le font, li sires puet prendre les eritages comme siens propres et en fere ent sa volenté.*



qu'elle ne présentait aucun intérêt pour le seigneur foncier: et déjà à l'époque de Beaumanoir elle est devenue une simple saisie destinée à faire pression sur le débiteur<sup>1)</sup>.

Ce qui devait différencier la censive du fief au point de vue de la commise, c'est que la patrimonialité des censives fut admise plus rapidement que celle des fiefs: tandis qu'au XI<sup>e</sup> s. nous voyons qu'il est nécessaire pour aliéner une tenure roturière d'avoir le consentement du seigneur,<sup>2)</sup> Beaumanoir<sup>3)</sup> oppose très nettement les censives aux fiefs parce que le tenancier d'une censive peut aliéner sa terre sans le consentement du seigneur mais qu'il ne le pourrait pas s'il possédait un fief.

Donc la différence entre le fief et la censive au point de vue de la commise ne nous paraît pas être originelle. Elle s'explique d'abord par la différente nature des services dûs par les feudataires et par les tenanciers de rotures et surtout par une évolution plus rapide dans les tenures roturières que dans les fiefs vers la disparition du lien personnel entre le seigneur et le tenancier et vers la patrimonialité du droit du censitaire. (Nous ne voulons d'ailleurs pas dire pour cela qu'il n'ait pas existé dès l'époque franque des tenures dans lesquelles il y avait un lien purement économique indépendant de toute obéissance personnelle et conférant au tenancier un certain droit patrimonial; c'est là une question qui est en dehors de notre étude et que les historiens de la censive arriveront peut-être à élucider.)

2°. *La patrimonialité des fiefs.* Cette évolution vers la patrimonialité nous la voyons dès le XIII<sup>e</sup> s. se dessiner pour les fiefs. Tandis que l'idée d'obéissance du seigneur se conserve à

---

<sup>1)</sup> Si le tenancier paye le cens à autrui BEAUMANOIR nous dit, ch. 45, n°. 1443. *Je doie prendre seur le lieu pour la defaute de mon cens et tant que l'amende me soit paiée.* V. Sur la disparition de la commise censuelle LOISEL, *ed. cit.* n°. 551, t. 2, p. 25.

<sup>2)</sup> *Chartes de la Chapelaude* (1073) dans TARDIF, *Carton des rois*, p. 180. Si une terre est aliénée à l'insu du prior „*sine restauratione accipiet*”.

<sup>3)</sup> Ch. 51, n°. 1552. *Pour ce que nous parlames ores que li éritage ne sont pas forfet quant li sires les prent en sa main pour ce qu'il les treuve estrangiés sans son olroi en autre maniere qu'il ne deussent nous deismes bien que c'étoit des eritages qui sont tenu en vilenage. Car s'il sont tenu en fief pueent estre en tele maniere estrangié ou esbrancié qu'il sont forfet au seigneur.*



peu près intacte jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle, nous voyons au contraire du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle le bénéfice carolingien, simple concession viagère devenir non seulement un droit transmissible mais un droit patrimonial <sup>1)</sup>; ce qui eut pour résultat de restreindre le champ d'application de la commise. L'hérédité des bénéfices admise depuis l'époque Carolingienne n'avait pas amené la patrimonialité des bénéfices. L'hérédité en effet ne signifiait pas que le vassal acquérait un droit de saisine sur le fief par la mort de son auteur. L'idée d'appliquer à la succession féodale le principe: „Le mort saisit le vif” n'apparaît qu'au XV<sup>e</sup> s., mais avant cette époque le vassal pour obtenir la saisine du fief devait la demander au seigneur <sup>2)</sup>: l'hérédité des bénéfices signifie que le seigneur ne pouvait pas la refuser <sup>3)</sup> si les autres conditions de capacité se trouvaient réalisées. Si le vassal ne vient pas faire hommage, peut on dire qu'il y a commise?

Il n'y a véritablement reprise de la saisine du fief que si le vassal en a été saisi comme cela aurait pu être possible dans les pays soumis aux *libri feudorum* <sup>4)</sup> où le vassal ne prêtait le serment de fidélité qu'après l'investiture. Mais dans la France coutumière du XIII<sup>e</sup> s. tant que l'héritier du vassal n'avait pas prêté hommage ou fidélité, il n'était pas en saisine du fief. Il ne nous paraît pas douteux qu'à l'origine en cas de défaut d'hommage ou de serment de fidélité, le bénéfice devait être considéré moins comme perdu par le vassal que comme non acquis par lui <sup>5)</sup>. Ce n'est que lorsqu'on admit l'existence d'un droit héréditaire à la possession du bénéfice qu'on vit se développer l'idée que le fief était véritablement perdu par le défaut d'hommage et afin de pré-

<sup>1)</sup> V. Sur le principe de la patrimonialité LOISEL, éd. LABOULAYE et DUPIN, n<sup>o</sup>. 552.

<sup>2)</sup> GRAND COUTUMIER, l. 2, ch. 27, éd. LABOULAYE et DARESTE p. 306. *Le fils n'est pas en possession et saisine... ni par la coutume que le mort saisit le vif... ni le fils de son demaine ne s'en peult dire possesseur au regard du seigneur jusques a ce qu'il en ait fait foy et hommage.*

<sup>3)</sup> „Mais par faire hommaige et par reliefs le seigneur direct doit saisir l'héritier.” Texte attribué au Grand Coutumier par Laurière cf. LOISEL *op. cit.* ed. DUPIN et LABOULAYE n<sup>o</sup>. 552.

<sup>4)</sup> *Consuetudines feudorum*, éd. LEHMANN p. 120, *Antiqua* VIII, 9 = *Vulgat.* 2, 4.

<sup>5)</sup> C'est dans ce sens qu'il faut a notre avis interpréter les textes de l'époque



ciser à partir de quel moment le fief serait définitivement acquis au seigneur sans que le vassal puisse le réclamer en faisant hommage, on eut recours à la notion d'un délai de *contumacia*. L'expiration de ce délai amenait, non pas la perte de la saisine du fief puisque le vassal par hypothèse n'avait pas encore reçu la saisine par investiture, mais l'extinction du droit de demander la saisine, l'extinction de ce que les Bartolistes appelleront plus tard un *jus ad rem*<sup>1)</sup>.

Le délai de cette *contumacia* était calculé dans les *Libri feudorum* suivant les principes du droit Byzantin de l'époque de Justinien; en France il nous paraît vraisemblable qu'à l'origine ce délai devait être le délai de 40 jours, qui, comme dit Loisel est „le terme ordinaire des Français”<sup>2)</sup>. Mais tandis que dans les *Libri feudorum* la notion de *contumacia* ne s'atténua que par celle de la bonne foi du vassal, dans le droit français elle semble avoir été au contraire battue en brèche par les progrès des droits du vassaux.

Par suite de l'influence de la théorie de la possession on décida que le seigneur ne pouvait prescrire le droit de son vassal et que le fief ne pourrait être acquis au seigneur par défaut d'homme<sup>3)</sup>. C'est ce qu'on exprimera plus tard par l'adage: *Tant que le vassal dort le seigneur veille*. Puis au XV<sup>e</sup> siècle les jurisconsultes se montreront plus hardis et décideront que la réciproque doit être vraie:

---

carolingienne qui nous parlent de *beneficium amissum* au cas où le vassal ne veut pas se *commendare* au propriétaire du bénéfice (*Mon. Germ., epist. Karol. xvi* t. 3, p. 122 et p. 288).

<sup>1)</sup> BRÜNNEK, *Ueber die Ursprung des sog. jus ad rem*.

<sup>2)</sup> La plupart des coutumes de France portaient l'obligation pour le vassal de faire hommage dans le délai de 40 jours. Mais ce délai nous paraît avoir été originairement un délai passé lequel le fief faisait retour au seigneur. On peut tirer argument dans ce sens du texte du bref de fief en droit Normand qui portait primitivement que faute par le vassal de faire hommage dans les 40 jours il perdait son fief, GLANVILLE liv. 12, ch. 6. — V. également la controverse qui eut lieu lors de la saisie du duché de Guyenne pour défaut d'hommage, DESPREZ, *Les préliminaires de la guerre de cent ans*, p. 40.

Cf. égalt. *Grand Cout-France* I 27, éd LABOULAYE, p. 306 [Si le vassal ne fait pas pas hommage dans les 40 jours] le fief devient „*propre demaine*” du seigneur du fief qui en est saisi et vêtu.

<sup>3)</sup> *Ib.* I, 25, p. 211. *Mesmoment apres dix ans il est tenu de le recepvoir et de lui restituer son fief*.



que tant que le seigneur dort le vassal veille, et on écarta le droit pour le seigneur de se saisir du fief pendant une durée égale à celle pendant laquelle le vassal l'avait possédé sans en faire hommage au seigneur: cet adage permettait au vassal de faire sur son fief les fruits siens pendant le temps que le seigneur négligeait de saisir le fief. — Enfin au XV<sup>e</sup> s. un nouveau progrès vint restreindre le droit du seigneur: il fut admis que la saisine du vassal ne résultait plus de l'investiture et que la règle „le mort saisit le vif” s'appliquait aux successions féodales<sup>1)</sup>. C'est par ces différentes étapes que la commise féodale pour défaut d'hommage a disparu pour faire place à la saisie, simple procédé de contrainte pour peser sur la volonté du vassal, le délai de 40 jours n'étant plus que celui à partir duquel le seigneur pouvait procéder à des voies d'exécution conservatoires sur le fief.

Si le retour du fief au seigneur en cas de défaut d'hommage a disparu du droit Français, c'est donc par suite du progrès de l'idée de patrimonialité. C'est pour la même raison que le retour de la terre au seigneur en cas d'aliénation (*lato-sensu*) sans son consentement, s'est effacé progressivement. Encore au XI<sup>e</sup> s. en Poitou nous voyons que c'est le seigneur qui procède à l'aliénation du fief sur la demande de son vassal<sup>2)</sup>: cela nous prouve que le vassal n'est pas encore considéré comme ayant le pouvoir de disposer de son fief. Mais vers la même époque, le droit angevin reconnaît aux vassaux le droit de disposer de leur fief avec le consentement du seigneur. S'ils se passaient de ce consentement ils perdaient leur fiefs<sup>3)</sup>.

L'idée de patrimonialité devait surtout permettre au vassal de disposer de son fief sans le consentement du seigneur. L'évolution de cette idée a été étudiée par les historiens du droit Anglo Normand: ce fut d'abord la liberté de sous — inféoder qui fut reconnue en Angleterre, puis la liberté totale d'aliéner<sup>4)</sup>. Dans notre droit coutumier, cette évolution nous paraît à peine commencée au XIII<sup>e</sup> s.

<sup>1)</sup> V. l'évolution du droit entre le XIV<sup>e</sup> et le XVI<sup>e</sup> s. dans BRODEAU, *Comment. Cout.*, Paris, t. 1, p. 627.

<sup>2)</sup> Texte de 1083 dans DOM FONTENEAU, t. 16, p. 69 (*Bib. Poitiers*).

<sup>3)</sup> D'ESPINAY, *Les cartulaires Angevins*, p. 130.

<sup>4)</sup> BRISSAUD, *Nouv. Rec. hist.*, 1897, p. 834.



Bien que cette idée apparaisse dans certains textes du début du XIII<sup>e</sup> s. <sup>1)</sup> la commise pour aliénation illicite est encore admise par Beaumanoir <sup>2)</sup> par l'auteur du Très ancien coutumier de Normandie <sup>3)</sup> par celui du coutumier de Champagne <sup>4)</sup>, mais elle semble écartée au XIV<sup>e</sup> s. <sup>5)</sup>. Il ne nous paraît pas exact de dire que la commise féodale en cas d'aliénation illicite a été remplacée par le retrait. Ce rapprochement entre la commise et le retrait a pu être imaginé par des jurisconsultes qui furent formés à l'étude des *Libri feudorum* et qui interprétèrent le retrait comme une sorte de commise, dans laquelle le seigneur féodal était tenu d'indemniser les tiers acquéreurs <sup>6)</sup>. Mais historiquement ce n'est pas ainsi semble-t-il qu'il faut se représenter les choses.

Il y a sans doute entre le retrait et la commise un point commun : le retrait suppose originairement que le vassal ne peut aliéner le fief qu'après le consentement du seigneur. Le vassal vient se dessaisir devant lui de son fief et lui demande d'en saisir l'acquéreur. Une fois que le vassal est dessaisi, le seigneur peut exercer un droit de rétention en indemnisant l'acquéreur. C'est là l'origine du droit de retrait. Or ce droit de rétention, qui implique donc que l'on ne peut aliéner le fief qu'avec le consentement du seigneur suppose naturellement que, si l'on se passe de ce consentement, celui-ci pourra exercer des sanctions et notamment la commise ; c'est ce que nous voyons encore dans le droit de Beaumanoir <sup>7)</sup>. Mais lorsque la dessaisine-saisine eut disparu pour les aliénations de fiefs, que la transmission put être valable par une simple notification au seigneur, le droit de rétention évolua vers le droit de

<sup>1)</sup> Cf. Acte de 1209 en Champagne qui permet à un vassal de vendre son fief „libere” à charge de paiement du quint dans PITHOU, *Cout. du Baillage de Troyes* p. 80.

<sup>2)</sup> BEAUMANOIR, ch. 51, n<sup>o</sup>. 1552. *L'éritage qui sont tenu en fief pueent estre en tele maniere estrangie ou esbranchié qu'il sont forfet au seigneur.*

<sup>3)</sup> *Summa de legibus*, 27, 9 ed. TARDIF, t. 2, p. 96.

<sup>4)</sup> PITHOU, *op. cit.*, p. 437, anc. cont. Champagne, art. 4.

<sup>5)</sup> Cf. *Grand Coutumier*, ed. LABOULAYE p. 290, n. 2, mais quelques coutumes restèrent refractaires à l'idée de patrimonialité : ce sont les coutumes dites de *fiefs de danger* ; cf. BRUSSEL, *op. cit.*, t. 1, p. 127.

<sup>6)</sup> TIRAQUEAU, *De utroque retractu*, f<sup>o</sup>. 4, r<sup>o</sup>.

<sup>7)</sup> Cf. BEAUMANOIR, ch. 51, n<sup>o</sup>. 1553.



retrait et le seigneur dut faire valoir son droit de préemption par voie d'action dans un délai de 40 jours après la notification de l'aliénation. Cette évolution nous pouvons la suivre dans le droit Parisien du XIV<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> s. Au XIV<sup>e</sup> s., l'aliénation est valable même sans le consentement du seigneur et celui-ci est tenu de conférer la saisine<sup>1)</sup>, s'il n'exerce pas son droit de rétention. La dessaisine était donc devenue une simple formalité; voilà pourquoi au XVI<sup>e</sup> s. elle est tombée endésuétude à Paris, et voilà pourquoi le droit de rétention s'est transformé en droit de retrait<sup>2)</sup>, mais indépendamment du retrait féodal, l'ancienne conception du bénéfice bien patrimonial du seigneur féodal subsista dans d'autres institutions et s'il fut permis au vassal d'aliéner le fief, il ne lui fut pas permis de l'abréger.

3°. *La saisie féodale est-elle une dégradation de la commise?* Si la commise voyait ainsi son domaine d'application se restreindre devant les progrès de l'idée de patrimonialité du fief est-il exact de dire qu'elle s'est atténuée pour devenir la saisie féodale?

Ce qui distingue essentiellement la saisie féodale de la commise, c'est que la commise a pour effet de réunir le fief à la „table du seigneur” à titre définitif, tandis que la saisie n'apparaît que comme un moyen de contrainte pour peser sur la volonté du vassal.

La saisie féodale a deux aspects. Tantôt elle permet au seigneur de s'emparer d'un fief mouvant de lui dont personne n'est juridiquement saisi. C'est ce qui arrivera par exemple pour le cas de défaut d'hommage tout au moins jusqu'au XV<sup>e</sup> s. et pour le cas d'aliénation illicite jusqu'au XIV<sup>e</sup> s.

Tantôt au contraire la saisie féodale permet au seigneur de dessaisir le vassal, c'est ce qui arrivera par exemple au cas d'inexécution de certains services féodaux. L'effet du dessaisissement est d'empêcher le vassal de jouir du fief et de faire profiter le

<sup>1)</sup> *Grand Cout. France* ed. LABOULAYE, 2, 25, p. 274. *Nota que le seigneur apres le dessaisissement du vendeur peut retenir l'heritage... mais s'il ne le veut retenir et s'il refuse a recevoir l'acheteur en foy et hommage... il peult... le faire convenir devant le juge Royal.*

<sup>2)</sup> V. Sur ce dernier état du droit LOISEL, *Inst. Cout.*, ed. DUPIN n°. 427.



seigneur des revenus du fief, mais dans le droit du XV<sup>e</sup> siècle on admettra l'existence d'une saisie féodale dans laquelle le vassal ne perdra pas le droit aux fruits et qui sera purement une saisie-contrainte.<sup>1)</sup>

Il est très difficile dans l'état actuel des documents de savoir si le premier type de saisie est plus ancien que l'autre. Le premier type de saisie nous paraît devoir résulter du droit de propriété du seigneur. Quant au second type de saisie il nous paraît au contraire une création de la pratique. De fait il faut remarquer que les documents les plus anciens antérieurs aux textes des coutumiers qui nous parlent de la saisie féodale de ce second type sont des contrats intervenus entre un seigneur et un vassal. Le vassal reconnaît au seigneur le droit de saisir *sine se meffacere* ou *sine fidei mentiri* le fief en cas d'inexécution de ses obligations et de ne pas le rendre (*non reddere*) tant qu'il n'aura pas obtenu satisfaction<sup>2)</sup>. Nous avons également un contrat intervenu entre le roi et un de ses vassaux, dans lequel ce vassal s'engage sur la foi qu'il doit au roi à saisir le fief d'un arrière vassal s'il n'obéit pas à la paix royale<sup>3)</sup>. Dans ces deux groupes de textes nous voyons que le seigneur, saisissant le fief en cas d'inexécution d'obligation, sent qu'il déroge au droit commun et qu'il faut, soit le consentement de son vassal, soit le consentement de son suzerain, car le droit commun en cas d'inexécution des obligations féodales

<sup>1)</sup> D'après l'art. 9 *Nouv. Cout. Paris*, La saisie faute de dénombrement ne faisait pas perdre au vassal le droit aux fruits du fief; mais au XIV<sup>e</sup> s. nous ne croyons pas qu'il y ait à cet égard différence entre la saisie faute d'hommage et la saisie faute de dénombrement. Cf. *Grand Cout. France*, 2, 25, p. 275.

<sup>2)</sup> Nombreux exemples de contrats de ce genre entre les années 1216 et 1225 dans le *Cartulaire de Champagne*, Bib. Nat., Ms. latin 5992 f<sup>o</sup>. 19, r<sup>o</sup>.; f<sup>o</sup> 22 V<sup>o</sup>, f<sup>o</sup> 148, V<sup>o</sup>, f<sup>o</sup> 154, V<sup>o</sup>, f<sup>o</sup>. 157 V<sup>o</sup>, f<sup>o</sup> 163 V<sup>o</sup>, f<sup>o</sup> 215 V<sup>o</sup>, etc. cf. également en 1224. contrat entre le roi et le comte de Châtellerauld dans DUCANGE, *Hist. de St. Louis*, diss. 30, p. 361.

<sup>3)</sup> Contrat de l'an 1200 entre le duc de Bourgogne et le roi de France „*Quod ego adsignabo ad totum feodum quod idem Guilelmus tenet de me, ita quod idem Guilelmus nihil in hoc habebit commodum.*” *Layettes du Trésor des Chartes*, t. 1 n<sup>o</sup>. 611. L'expression *d'adsignare* implique l'idée d'une saisie, d'où l'expression assigner au fief pour saisir le fief. Cf. *Grand Cout. France* 2, 25, p. 279 et *Etabl. de St. Louis* (ed VIOLLET), II, 30.



serait la commise qui normalement doit être jugée par les pairs du vassal tandis que la saisie est faite le plus souvent sans avoir besoin d'un jugement, ni du concours des pairs. La saisie féodale en cas d'inexécution des obligations féodales a dû donc vraisemblablement se développer par des contrats avant d'être admise par les coutumes. Mais il est très concevable que la commise ait pu évoluer vers la saisie féodale par l'action de la coutume, indépendamment de tout contrat entre seigneurs et vassaux. La commise en effet ne se produisait pas automatiquement. Le seigneur avait plein pouvoir pour restituer au vassal les biens soumis à la commise<sup>1)</sup>. Il pouvait subordonner par contrat la commise à l'absence de tout autre moyen de satisfaction<sup>2)</sup> et même indépendamment de tout contrat, il pouvait n'y procéder que subsidiairement. La saisie féodale nous paraît avoir à l'origine très nettement des effets comparables à ceux de la commise en ce sens que le seigneur était en saisine du fief et en percevait les revenus. La seule différence était que cette saisine du seigneur prenait fin lorsque le vassal lui donnait satisfaction. Or cette différence qui, nous l'avons vu, s'explique souvent par les clauses mêmes du contrat féodal, peut s'expliquer aussi parfois par un acte bénévole du seigneur qui, ayant obtenu satisfaction du vassal, n'a pas d'intérêt à lui opposer les rigueurs de la commise. Ce qui n'était qu'un intérêt pour le seigneur serait devenu plus tard une obligation, car il n'est pas en effet douteux pour le droit du XIV<sup>e</sup> s. que

---

<sup>1)</sup> V. Par exemple restitution du duché de Guyenne le 2 juillet 1313 par Philippe le Bel au roi d'Angleterre. Le duché était tombé *in forefactum* à l'occasion des injures du roi d'Angleterre. (BIB. NAT., Dupuy, ms. 31, f<sup>o</sup>. 1). La saisie du temporel des évêques d'Orléans et d'Auxerre par Philippe Auguste (*feoda saisita*: G. LE BRETON, ed. DELABORDE, I. p. 229) apparaît comme une sorte de confiscation des *regalia* des évêques, suivie d'une *restitutio* lorsque les évêques eurent payé l'amende. Cette saisie qui provoqua la réclamation d'INNOCENT III, (*ep.* 15, 40) MIGNE, *op. cit.*, t. 216, col. 577 procédait vraisemblablement des principes du droit féodal.

<sup>2)</sup> Cf. DACHERY, *Spicileg*, t. 1, p. 548, *Chron. Bespense* (1017) un bénéficiaire s'engage à perdre sa terre, s'il lève des cens illégaux à moins de donner satisfaction par un autre procédé; cf. G. LE BRETON, ed. DELABORDE, n<sup>o</sup>. 110, t. 1, p. 207: Jean sans Terre, cité devant la cour des pairs et ayant fait défaut, offre au roi *duo castra interim possidenda* qui seront *confiscanda*, s'il désobéit à l'arrêt de la Cour.



dans les cas qui donnent lieu à saisie féodale le seigneur, est tenu de restituer le fief au vassal, si ce dernier lui donne satisfaction <sup>1)</sup>. La différence entre la saisie et la commise ne fit alors que s'accroître. Lorsque la doctrine des jurisconsultes adapta les principes Romains de la possession à la saisine, la saisie ne fut pas considérée comme un titre d'acquisition du fief, mais simplement comme un procédé purement conservatoire.

La saisie féodale n'est donc pas à proprement parler une atténuation de la commise mais nous paraît plutôt comme la généralisation d'une institution qui permettait au seigneur de reprendre son fief pour faute d'homme. Si cette institution peut paraître parfois comme une atténuation de la commise cela peut s'expliquer par la pratique des contrats et par une évolution coutumière.

Ce qui est vrai, c'est plutôt que les cas d'application de la saisie féodale furent primitivement des cas de commise ou tout au moins de perte définitive du fief. Tout d'abord le cas de saisie pour faute d'homme nous paraît originairement un cas de commise. Nous avons divers textes qui nous montrent une institution intermédiaire entre la saisie et la commise. Dans la partie Angevine des Etablissements de St. Louis nous voyons que le vassal qui refuse de faire hommage au seigneur est „semons” devant des pairs à 3 intervalles consécutifs puis, après une série de délais, s'ouvre un délai d'un an, au bout duquel, si le vassal ne fait pas hommage, le seigneur pourra décider qu'il a perdu son fief <sup>2)</sup>; dans le droit Normand par la procédure du bref de prise de fief le seigneur féodal annonce que si le vassal ne vient pas dans le délai de 40 jours pour prêter hommage, il réunira le fief à son domaine <sup>3)</sup>.

Enfin, dans les pays de droit écrit comme dans la région de Toulouse, si le vassal ne vient pas dans le délai d'un an prêter hommage, le fief est perdu pour lui. Mais s'il vient après ce

---

<sup>1)</sup> V. Par exemple pour la saisie faute d'hommage. *Grand Cout. France* I, 25, p. 281. L'idée de subordonner la pénalité à l'emendatio du coupable est une idée que le droit laïque a empruntée aux Canonistes, on en trouve déjà la trace dans les Capitulaires: Cap. 865, c. 4, ed BORETIUS, II, p. 92.

<sup>2)</sup> *Et. de St. Louis*, I, 72.

<sup>3)</sup> GLANVILLE, 12, 6.



délai reconnaître ses torts envers le seigneur, celui-ci pourra lui restituer son fief<sup>1)</sup>.

Il ne faudrait pas à notre avis voir dans ces textes le droit commun de la France coutumière; ce sont plutôt des procédés imaginés pour créer l'équivalent de la saisie féodale qui n'existait pas dans ces provinces<sup>2)</sup> mais ils semblent nous révéler une tendance générale vers la substitution de la saisie à la commise pour faute d'homme.

En ce qui concerne la saisie pour inexécution de services, il ne nous paraît pas douteux que sur ce point, nous nous trouvions en présence d'une atténuation de la commise, soit qu'il s'agisse de l'inexécution de tous les services féodaux comme dans les chartes d'hommage champenoises, soit qu'il s'agisse simplement du non paiement des droits féodaux comme dans les textes coutumiers Orléanais<sup>3)</sup>.

On pourrait sans doute objecter qu'il y a une différence entre la commise et la saisie, c'est que la commise a le caractère judiciaire, tandis que la saisie s'opère sans jugement. Nous avons montré que cette différence s'explique lorsqu'il s'agit d'une saisie pour faute d'hommage ou d'une saisie prévue par contrat<sup>4)</sup>. La question est plus embarrassante pour les saisies de formation coutumière pour inexécution de services. Néanmoins, l'objection est facile à lever en émettant l'hypothèse que la coutume n'a fait que généraliser une règle pratiquement admise déjà par les contrats, qui, implicitement, dérogeaient à la compétence normale de la juridiction des pairs en reconnaissant au suzerain le droit de saisir le fief malgré l'absence de cette garantie, *sine se meffacere* ou *sine fidei mentiri*<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Acte de l'an 1238 dans TEULET. *Layettes du Trésor des Chartes*, t. 2, p. 376.

<sup>2)</sup> Sur le développement de la saisie féodale en Normandie. Cf. TERRIEN, *Commentaire sur le droit civil observé en Normandie*, p. 176.

<sup>3)</sup> *Et. St. Louis*, II, 30. Cf. également allusion à une saisie éventuelle pour faute de paiement du quint dans le texte de 1209 publié par PITHOU, *op. cit.*, p. 80.

<sup>4)</sup> Encore convient-il de noter que dans les Etablissements de St. Louis la saisie faute d'hommage qui doit aboutir par la *contumacia* à la perte du fief a lieu avec le concours des pairs du Vassal (ed VIOLLET, I, 72).

<sup>5)</sup> Le fait pour un seigneur d'enlever au vassal des fiefs ou des châteaux sans motif fut un des principaux arguments invoqués par les barons poitevins contre Jean sans Terre. Cf. GUILHIERMOZ, *Bib. Ec. Ch.* 1899, p. 75 n. 3.



Il convient d'ailleurs de noter que si la saisie présentait un avantage pour le seigneur en lui assurant d'une façon plus immédiate que la commise l'exécution des services féodaux, elle en présentait aussi un pour le vassal qui échappait à la commise en faisant preuve de soumission et l'on comprend parfaitement que les vassaux ne se soient pas opposés à cette évolution coutumière <sup>1)</sup>.

Enfin, en étudiant l'histoire de la théorie de l'abrégement du fief, nous pouvons voir comment la saisie a pu se substituer à la commise. A l'époque de Beaumanoir, en Beauvoisis <sup>2)</sup>, si le vassal abrégait son fief sans le consentement du seigneur, le fief était „forfait” au seigneur, et celui-ci pouvait „jeter les mains dessus.” Les ordonnances royales du XIV<sup>e</sup> siècle semblent admettre la même théorie: les lettres patentes du 15 novembre 1370 déclarent que les acquisitions faites par les villes et les églises dans les fiefs relevant du roi de France doivent être soumises à l'amortissement, *attento quod talis acquisitio potest cadere in commissum* <sup>3)</sup>.

Donc jusqu'au XIV<sup>e</sup> siècle, la commise semble avoir sanctionné l'abrégement du fief. Au XIV<sup>e</sup> siècle, au contraire, nous voyons déjà dans la jurisprudence Parisienne apparaître une règle nouvelle: l'abrégement du fief ne donnera lieu qu'à une saisie féodale tant que le seigneur ne sera pas indemnisé de ses droits. <sup>4)</sup>

---

Cf. également l'argument invoqué sur Innocent III à l'occasion de la saisie du temporel de l'évêque d'Orléans, *epist.* l. 15, n<sup>o</sup>. 40, *ex generali consuetudine regni tui fidelis a domino sine iudicio spoliatus nec diem ab ipso super spoliatione sua vel alio tenetur recipere.*

<sup>1)</sup> Il faut remarquer que la saisie exercée par le seigneur féodal peut être soit exercée par le seigneur féodal lui-même agissant par une sorte de saisie privée: — C'est là l'origine des justices foncières. Cf. RAGUEAU, *glossaire*, h. v., — soit par le souverain justicier à la requête du seigneur, cf. par exemple la procédure de bref de prise de fief en droit Anglo-Normand (GLANVILLE, 12, 6) et la procédure de saisie féodale exercée par la justice du prince apanagiste à la requête d'un seigneur féodal dans l'apanage d'Alphonse de Poitiers (V. sur ce point MOLINIER, *Correspondance d'Alphonse de Poitiers*, acte de 1269, n<sup>o</sup>. 1182).

<sup>2)</sup> Ed. SALMON, ch. 47, n<sup>o</sup>. 1489, et ch. 51, n<sup>o</sup>. 1552.

<sup>3)</sup> *Rec. Ord.*, t. 4, p. 364.

<sup>4)</sup> CH. MORTET, *Livre des constitutions des menées es Chatelet de Paris*, art. 23. Déjà au XIII<sup>e</sup> s., l'abrégement de fief dans l'apanage du comte de Poitiers était sanctionné par la saisie se prolongeant tant que le vassal n'avait pas donné satisfaction au seigneur. Cf. MOLINIER, *correspondance d'Alphonse de Poitiers*, *op. cit.*, n<sup>o</sup>. 299 (acte de 1268).



C'est seulement dans cette mesure que la commise a évolué vers la saisie féodale. Encore faut il remarquer que cette évolution ne s'est réalisée que dans la France coutumière.

Dans les *Libri feudorum*, il n'y a pas de saisie féodale. En cas de défaut de serment de fidélité dans le délai d'un an, le vassal perd le fief<sup>1)</sup>. Le droit français, plus conforme à l'esprit du droit féodal a établi un lien plus direct entre la saisine ou la jouissance du fief et l'exécution des devoirs féodaux. Le vassal ne sera jamais libéré de ses devoirs tant qu'il voudra posséder le fief. Le seigneur ne pourra jamais acquérir le fief tant que le vassal voudra remplir ses devoirs. C'est précisément parce que le droit français a établi un lien plus parfait entre la possession du fief et l'exécution de l'obligation féodale que la saisie a pu se développer dans nos coutumes, tandis que les *libri feudorum* qui fixaient un délai pour l'exécution de l'obligation ont empêché ce lien de se développer dans le droit lombard et dans le droit du Midi de la France.

## II. CARACTÈRE JUDICIAIRE DE LA COMMISE.

Le progrès du droit des vassaux ne se manifeste pas seulement par l'apparition de la patrimonialité du fief. Il s'affirme par les restrictions apportées au pouvoir arbitraire du seigneur de reprendre le fief. Sans doute il n'est pas rare de trouver encore des exemples de commise opérée par un seigneur féodal sans jugement, mais ces faits n'empêchent pas qu'à notre époque comme à l'époque carolingienne, le vassal ne doit, en principe, être dépossédé du fief que pour un juste motif. Ce juste motif est apprécié dans de nombreuses régions par les pairs du vassal<sup>2)</sup>. Ce sont eux qui examinent si le vassal doit être ou non dépossédé de son fief. Le principe du jugement par les pairs n'est pas encore admis, semble-t-il, d'une façon certaine à la Cour du Roi de France

<sup>1)</sup> *Consuetudines feudorum* éd LEHMANN, p. 166, *Antiqua*, 10,2 § 1 = *Vulgat*, 2,24.

<sup>2)</sup> *Cart. Trinité Vendôme*, loc. cit., Et. St. Louis, 1, 72; cf. charte de 1155 pour la Normandie dans BRUSSEL, *Usage général des fiefs*, p. 104, n°. 28. Néanmoins il est possible de trouver de nombreux exemples de fiefs repris sans jugement (p. ex des fiefs repris par Henri Plantagenêt à ses vassaux) dans BERN. PETROBURGENSIS, *Vita Henrici II*, *Rec. Hist. Fr.*, t. 17, p. 490.



au XI<sup>e</sup> siècle, mais les vassaux de la Royauté cherchent à le faire prévaloir <sup>1</sup>). Il y sera admis incontestablement à l'époque de Philippe Auguste <sup>2</sup>).

Pour les fiefs tenus des évêques la révocation arbitraire est également écartée, mais nous ne voyons pas fonctionner le principe du jugement par les pairs. Un document du XI<sup>e</sup> siècle nous montre la commise d'un bénéfice détenu par le vassal d'un évêque, prononcée par une cour composée du métropolitain, des évêques de la province, assistés des chanoines de l'évêché dont dépend le vassal et de quelques laïques <sup>3</sup>). Mais au XIII<sup>e</sup> siècle, nous voyons un vassal qui s'est rendu coupable de félonie envers un évêque, jugé par la cour du roi : cette compétence s'explique peut être par l'idée du droit de *custodia* qui appartient au roi sur les biens des évêchés considérés comme des *regalia*, par le pouvoir qui appartient au roi de disposer seul des *regalia* et d'attribuer le fief commis à l'évêque en l'incorporant aux autres *regalia* <sup>4</sup>).

Dans le cas de désaveu, nous voyons des règles un peu diffé-

---

<sup>1</sup>) Le procès d'Eudes de Chartres de 1033 (*Rec. Hist. Fr.*, t. 10, p. 50) ne prouve pas l'existence d'une cour des pairs sous Robert le Pieux (voir dans ce sens PFISTER, *Etudes sur Robert le Pieux* p. 421). Nous y voyons les vassaux du roi affirmer le principe qu'un vassal ne peut être dépossédé de son bénéfice que par le jugement de ses pairs. Dans ce texte, comme l'a très bien montré M. Pfister, le duc Richard de Normandie n'apparaît pas comme un arbitre mais comme un pair d'Eudes de Chartres chargé de le convoquer devant le *placitum* du roi, et c'est à ce titre qu'il lui conseille très nettement, puisque le roi veut le priver de son bénéfice, de ne se présenter qu'en présence de ses pairs. La fin de la lettre semble indiquer que par pairs il fallait entendre les *principes seu domestici*, c'est à dire les principaux barons du royaume ou les officiers de la couronne). Mais cette thèse n'étant pas admise par le roi, Eudes de Chartres fit défaut devant le *placitum* et pour s'excuser de ce défaut il écrivit au roi pour lui rappeler le principe du jugement par les pairs.

<sup>2</sup>) Cf. GUILHIERMOZ, *Bib. Ec. Ch.*, 1899, *loc. cit.*

V. L'application de cette règle encore au XIV<sup>e</sup> s. dans le procès du comte de Flandre de 1312 dans FUNK BRENTANO, *Etudes d'histoire... dédiées à G. Monod*, p. 358, n<sup>o</sup>. 1.

<sup>3</sup>) Commise en l'an 1090 d'un fief tenu de l'évêque de Maguelone par le seigneur de Montpellier, DOM VAISSETTE, *Hist. du Languedoc*, ed. 1875, t. 5, col. 7718.

<sup>4</sup>) En 1204 le roi adjuge à l'évêque de Clermont la commise du fief d'un vassal coupable de félonie (DOM MARTENE *Amplissima collectio*, t. 1, col. 1044).



rentes. Par le désaveu simple en effet, le vassal rompt le lien féodal avec son seigneur, et crée un lien féodal avec le seigneur qu'il avoue: C'est devant la Cour de ce seigneur que le seigneur désavoué devra donc poursuivre son vassal, et, ce n'est que lorsqu'il sera jugé que le vassal ne dépend aucunement du seigneur avoué que la commise pourra avoir lieu <sup>1)</sup>. Mais lorsque le désaveu n'est que partiel, lorsqu'il y a simplement *reclatio* <sup>2)</sup> d'un fief, tout lien féodal n'est pas rompu avec le seigneur et le vassal peut être jugé par la cour du seigneur qu'il a désavoué. Enfin, s'il s'agit d'un combat de fief, et que le vassal ait pris parti d'avouer celui qui conteste à son seigneur cette qualité de seigneur, la commise pour désaveu pourra résulter également de la sentence prononcée par le suzerain du seigneur féodal. Dans ce cas, c'est le suzerain du seigneur qui tranche le „combat de fief”, mais il ne prononce pas la commise; il a seulement le pouvoir de protéger la saisine du seigneur qui exerce la commise en vertu de la sentence qu'il a prononcée sur le combat de fief <sup>3)</sup>.

Le caractère judiciaire de la commise se précise encore dans certaines provinces comme la Normandie, où le seigneur, au lieu de se présenter comme le président de la cour des pairs, suivant le conseil de ses vassaux, apparaît comme le demandeur <sup>4)</sup>. Il en est de même au XIII<sup>e</sup> siècle devant certains tribunaux de seigneurs ecclésiastiques si nous en jugeons d'après les modèles de *libelli* que G. DURANT publie dans son *Speculum juris* et où nous voyons le seigneur accusant son vassal de félonie se présenter comme demandeur <sup>5)</sup>.

La règle du jugement par les pairs du vassal se modifie déjà au XIII<sup>e</sup> siècle. Au lieu d'être jugé par la cour du seigneur, le vassal

<sup>1)</sup> BEAUMANOIR, éd. SALMON, ch. 45, n°. 1420—1424.

<sup>2)</sup> Cf. OLIM (éd. BEUGNOT, t. 2, p. 547).

<sup>3)</sup> Tel est le sens de l'arrêt de 1281, (OLIM t. 2, p. 187, n°. 49) contre le sieur de Bourdeille reconnu coupable de désaveu pour avoir pris parti en faveur du roi d'Angleterre qui avait contesté à tort la suzeraineté de l'abbaye de Brantôme sur Bourdeille.

<sup>4)</sup> Cf. ORDERIC VITAL, éd. LE PREVOST, t. 2, p. 60 „*sed monachis conquerentibus justo judicio determinatum est ut omnem feudum quem reus de Sancto Ebrulfo tenebat amitteret*. Cf. également *Summa de legibus*, éd. TARDIF, t. 2, p. 39: Si le vassal est infidelis et de hoc fuerit accusatus in curia et convictus feudum tenetur amittere.

<sup>5)</sup> *Speculum juris*, éd. 1592, t. 2, p. 318.



sera jugé par celle du souverain justicier. Nous verrons cette évolution qui commence déjà avant le XIII<sup>e</sup> siècle dans le droit Anglo-Normand <sup>1)</sup> se développer dans le droit français du XIV<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècle, où la commise acquerra alors nettement le caractère d'une action dans laquelle le seigneur se présente comme demandeur.

### III. DE LA RÉCIPROCITÉ DES OBLIGATIONS FÉODALES.

Le progrès du droit des vassaux nous explique-t-il aussi comment de la simple idée de réciprocité d'obligations on passa à la réciprocité de sanctions? A l'époque Carolingienne le seigneur a des obligations envers le vassal, mais ce sont des obligations personnelles dont l'inexécution n'entraîne que la résolution du lien de vassalité: les textes carolingiens ne nous disent pas que dans le cas de rupture du lien féodal par la faute du seigneur, celui-ci perd tout droit sur la terre concédée au vassal. Or, dans le droit du XIII<sup>e</sup> siècle, il en est ainsi <sup>2)</sup>.

En réalité l'explication de cette transformation nous paraît être dans l'organisation de la hiérarchie féodale. En effet, en dehors de l'histoire légendaire du roi d'Yvetot que nous laissons de côté <sup>3)</sup>, ou de rébellions comme celle du comte de Flandre <sup>4)</sup> de 1298, la

<sup>1)</sup> C'est vraisemblablement à la compétence de la cour ducale qu'il est fait allusion dans le texte de la *summa de legibus*, ed. TARDIF, t. 2, p. 39 *cit supra*.

<sup>2)</sup> V. Affirmation du principe dans la *summa de legibus*, CXIII, ed. TARDIF, t. 2, p. 38. *Inter dominos autem alios et homines fides debet taliter observari quod neuter in personam alterius corporalem violentiam debet inrogare. Si autem in domino... fuerit hoc commissum... ejus superiori referetur homagium. Si autem in homine... et terra et jure illius privabitur que domino remanebit.* Cf. T. A. C. Bretagne, (ed. PLANIOL) art. 60. — *Et. de St. Louis* (ed. VIOLIET) I, 56 „si le sires vée a son homme le jugement de sa cort... se il gisoit o la femme son homme o sa fille, se elle estoit pucelle et il l'aust baillié a garder a son seignor et il la depucelât, il ne tenroit jamais riens de li.

<sup>3)</sup> D'après une légende vulgarisée par GAGUIN, ed. THUASNE, t. 1, p. 121—125, le roi d'Yvetot aurait été originairement un vassal de Childebert qui à la suite d'une félonie commise par le roi serait devenu indépendant de lui et par cela même roi dans sa terre, mais la critique moderne considère cette explication comme purement légendaire.

<sup>4)</sup> V. Sur cette affaire de 1298. FUNK BRENTANO, dans *Etudes d'histoire dédiées à G. Monod*, p. 357. Il convient d'ailleurs de remarquer que le comte de Flandre



perte de la suzeraineté sur la terre du vassal victime d'une félonie du seigneur se ramène, en définitive, à une commise de la mouvance de ce seigneur au profit de son suzerain. Le vassal deviendra alors le sujet immédiat du suzerain de son seigneur. L'immédiatisation du vassal sera souvent prononcée par la cour du seigneur suzerain en même temps que la commise générale des fiefs du seigneur félon. Nous en avons un exemple célèbre dans le premier procès de Jean sans Terre qui fut accusé par les barons poitevins d'avoir manqué envers eux à ses obligations de seigneur féodal. La cour du roi saisie de cette plainte prononça pour d'autres raisons qui se joignirent à ces griefs, la commise générale des fiefs de Jean sans Terre à l'exception de la Normandie, si bien que l'immédiatisation des barons poitevins apparut simplement comme une conséquence de cette commise générale <sup>1)</sup>.

La perte de la mouvance par le seigneur féodal s'explique comme la commise féodale par un manque de foi, par la „foi mentie” ou par la félonie. Si le seigneur manque à ses devoirs envers son vassal, s'il lui refuse justice, s'il est reconnu qu'il a rendu contre l'un d'eux un „faux jugement”, s'il abuse par malveillance de son droit <sup>2)</sup>, s'il manque en un mot à ses devoirs moraux de suzerain,

---

accusant le roi de France de déni de justice avait adressé ses doléances au pape, mais les faits allégués par le comte de Flandre n'étant pas justifiés, le pape lui donna tort.

<sup>1)</sup> Nous ne discutons pas ici la question de savoir s'il y a eu une seule condamnation. Jean sans Terre comme le prétend M. BEMONT, *Rev. Hist.* 1886, t. 32, p. 3, ou deux condamnations comme le prétend M. GUILHIERMOZ, extr. *Bib. Ec. Ch.*, t. 60, 1899, p. 45: les arguments de M. GUILHIERMOZ nous paraissent en effet probants. Il nous semble certain qu'une première condamnation eut lieu contre Jean sans Terre sur la requête des barons Poitevins (Cf. sur ce point BEMONT, op. cit., p. 20). Nous ne croyons pas que cette condamnation se borna à la perte de la suzeraineté sur ces barons comme serait porté à le croire M. VIOLLET, *Etablissements de St. Louis*, t. 3, p. 339; elle aurait eu une portée plus générale. Mais ce qui nous paraît établi par M. GUILHIERMOZ, c'est que la Normandie a continué appartenir à Jean sans Terre après cette première condamnation. Si plus tard elle fut perdue par ce prince, il faut admettre avec M. GUILHIERMOZ que c'est un vertu d'une seconde condamnation.

<sup>2)</sup> BEAUMANOIR ed SALMON, ch. 61, n°. 1738—1740. „*Les fois et loiautés que le sires a a son homme se doivent entendre a ce que li sires se doit garder qu'il ne face tort a son homme.*” La sanction de cette règle c'est l'appel pour défaut de justice si le seigneur ne fait pas droit aux réclamations du vassal.



il y a là un délit dont le vassal est fondé à se plaindre à la cour du suzerain. Si le seigneur félon est condamné, c'est plus en vertu d'une idée de pénalité qu'en vertu de l'idée de la résolution du contrat pour inexécution des obligations. Il y a moins, en effet, une réciprocité qu'une hiérarchie d'obligations. Le vassal a ses obligations, le seigneur a les siennes <sup>1)</sup>. Les devoirs envers son vassal sont en même temps des devoirs envers son suzerain; aussi n'est-ce pas, comme il serait naturel s'il s'agissait d'un simple contrat synallagmatique, la même juridiction qui sera compétente pour statuer sur l'inexécution des obligations de l'une ou l'autre partie <sup>2)</sup>. Si c'est le vassal qui manque à sa „foi", ce sera la cour du seigneur. Si c'est, au contraire, le seigneur, ce sera la cour du suzerain du seigneur <sup>3)</sup>. La hiérarchie des juridictions correspond ici à la hiérarchie des devoirs.

#### IV. LES EFFETS DE LA COMMISE.

Les effets de la commise féodale sont tout différents de ceux de la révocation du bénéfice carolingien. Le bénéfice carolingien étant resté la propriété du donateur, le bénéficiaire n'avait théoriquement qu'un droit précaire. Mais, lorsque la notion des droits

<sup>1)</sup> BEAUMANOIR, *ib.*, „Pour ce que je di ore que li sires doit autant de foi et de loiauté a son homme comme li homs a son seigneur, ce n'est pas pour ce a entendre que li homs ne soit tenus en mout d'obessances et en mout de services dont li sires n'est pas tenus a son homme."

<sup>2)</sup> Nous voyons qu'il en est ainsi dans le droit Lombard où la conception contractuelle du fief était souvent admise, *Libri feudorum* (ed LEHMANN), p. 139, *Antiqua*, 8, 29 = *Vulgat*, 2, 22).

<sup>3)</sup> Nous en avons un exemple pour Jean sans Terre cité devant la cour du roi sur la requête des barons Poitevins (GUILHIERMOZ, *Bib. Ec. ch.* 1899, *loc. cit.*). Le suzerain pouvait se porter accusateur lui même comme Philippe Auguste contre son vassal Jean sans Terre. Cf. RIGORD, 138, ed DELABORDE, I, p. 151, *Chronicon anglicanum*, ed STEVENSON, p. 135. Mais ce pouvait être aussi le vassal. Il convient de noter à cet égard que les rois ont pu utiliser ce recours des vassaux contre leur suzerain comme un moyen de gouvernement destiné à assurer l'exécution des obligations assumées par le suzerain envers le roi V. p. ex. emploi de ce procédé sous Louis VIII dans PETIT DUTAILLIS, *Etudes sur Louis VIII*, p. 403, n. 3. Par un phénomène analogue à celui qui a amené la dégradation de la commise en saisie nous voyons que cette immédiation produira seulement un effet temporaire „donec id esset emendatum ad iudicium curiae nostrae".



du vassal se dégagea, la perte du bénéfice n'apparut plus comme la reprise par le seigneur d'un bien dont il était propriétaire, mais plutôt comme l'acquisition d'un bien nouveau. De là le nom *d'eschoite* ou de *foresfactura* pour désigner les biens acquis par commise que l'on emploie également pour la confiscation ou pour l'acquisition par deshérence <sup>1)</sup>. De là également sans doute, le nom de *commisum* ou de confiscation donné à notre institution.

Mais l'effet de la commise ne semble pas être toujours le même dans toutes les coutumes. Quelques unes ont établi un système tout à fait particulier de gradation des peines. Ainsi les Assises de Jérusalem <sup>2)</sup>, adoptant un système qui paraît original, ont établi trois sortes de peines; la perte du fief à perpétuité, la perte du fief à vie, la perte du fief pendant un an et un jour. La première peine au cas où il y a ensemble foi mentie et trahison, au cas où le vassal met la main sur la personne du seigneur, abandonne sans son ordre une forteresse suffisamment ravitaillée pour résister, livre son seigneur à ses ennemis ou vend le fief „contre l'assise”, — c'est à dire vraisemblablement sans l'autorisation du seigneur. La seconde peine frappe la simple foi mentie et le défaut à la semonce de combat lancée par le seigneur; enfin la 3<sup>e</sup> peine frappe le simple défaut de service. Ce système composite qui est un amalgame des règles sur la confiscation, sur la commise et sur la saisie féodale, ne se trouve à notre connaissance, dans aucune coutume française; mais l'idée de faire varier l'effet de la commise suivant la portée de l'infraction, a passé dans certaines coutumes, par exemple en Anjou <sup>3)</sup> et dans la jurisprudence française du XVI<sup>e</sup> siècle <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Cf. GODEFROY *h. V.*, DUCANGE *h. V.*

<sup>2)</sup> JEAN D'IBELIN, *Ass. Jerusalem*, ch. 95 et 96, éd. BEUGNOT, *Rec. Hist. Croisades*, t. 1, p. 303.

<sup>3)</sup> *Le Cout. selon les rubriques du code de 1437*, art. 1548, (éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ) distingue entre la félonie du vassal lige et celle du simple vassal. La première est punie de la perte totale du fief, la seconde simplement de la perte viagère.

<sup>4)</sup> TRONÇON, *Comment.*, art. 43. BACQUET, *Droit de justice*, ch. 11 n<sup>o</sup>. 3. CHOPPIN, *De domanio*, liv. 2, t. 3, n<sup>o</sup>. 10. LOUET, lettre F, n<sup>o</sup>. 9. Les auteurs affirment que pour un simple dementi apporté au seigneur le vassal n'encourt que la perte viagère du fief tandis qu'en cas de félonie grave, il encourt la perte définitive.



Quant aux effets de la commise par rapport aux actes faits par le vassal sur le fief, ils sont à l'origine très simples. Ou le seigneur a autorisé ces actes et, dans ce cas, ils restent valables, ou il ne les a pas autorisés et, dans ce cas, ils sont sans valeur : la question ne se pose donc dans les textes qu'à partir de l'époque où la patrimonialité des droits du vassal sur le fief fut reconnue. La règle qui nous paraît avoir alors été admise, semble être l'application des principes admis depuis l'époque carolingienne en matière de confiscation : à savoir la validité des actes faits par le félon antérieurement à son délit, la nullité des actes faits postérieurement à ce délit<sup>1)</sup>. Nous ne croyons pas qu'au point de vue de l'effet de ces actes faits par le vassal, les auteurs antérieurs au XIV<sup>e</sup> siècle aient distingué si la terre était venue au seigneur comme seigneur féodal par voie de commise, ou comme seigneur haut justicier par voie de confiscation.

### III. LA COMMISE FÉODALE DU XIII<sup>e</sup> AU XVIII<sup>e</sup> SIÈCLE.

L'institution de la commise féodale était arrivée à son apogée au XIII<sup>e</sup> siècle. A partir de cette époque nous assistons à la décadence de cette institution, conséquence nécessaire de la décadence de la féodalité et des progrès du pouvoir royal. Mais, si au point de vue économique et social, la commise féodale diminue d'importance, elle n'en présente pas moins d'intérêt à cette époque pour le jurisconsulte. C'est en effet entre le XIII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle que nous voyons un essai d'adaptation de la pratique coutumière française aux principes du droit Romain. Donc, entre le XIII<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle, deux faits dominant l'histoire de la commise : 1<sup>o</sup>. Le mouvement d'interprétation doctrinale ; 2<sup>o</sup>. La décadence du régime féodal.

#### I. LE MOUVEMENT D'INTERPRÉTATION DOCTRINALE ET LA COMMISE.

Le mouvement d'interprétation doctrinale a pour point de départ les *Libri feudorum*. L'influence de cette compilation se fit sentir sur le droit Français dès le XIII<sup>e</sup> siècle, mais ce fut surtout au

---

<sup>1)</sup> C'est cette règle dont DUMOULIN reconnaît l'existence dans son *commentaire* sur le *Tit. des Fiefs* de la *Cout. de Paris*, glose sur art. 43, n<sup>o</sup>. 94 et qu'il explique par la patrimonialité des fiefs.



XVI<sup>e</sup> siècle que les commentateurs des coutumes cherchèrent à construire la théorie juridique de la commise en s'inspirant des principes des feudistes, et leurs idées eurent une action sur la pratique et sur la jurisprudence du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle.

1°. *Les Libri feudorum et la doctrine des feudistes*<sup>1)</sup>. Les *Libri feudorum* qui sont un ensemble d'ouvrages sur le droit féodal Lombard du XI<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle, nous révèlent un état du droit un peu différent de celui du droit coutumier français.

Comme dans le droit français, la commise existe en Lombardie pour la félonie<sup>2)</sup>, et même vraisemblablement aussi pour le désaveu du vassal<sup>3)</sup>. On y a reconnu également le principe que nul ne peut être désaïssi qu'en vertu d'une juste sentence prononcée par les pairs<sup>4)</sup>, et la réciprocité des obligations entre vassaux et seigneurs a les mêmes conséquences qu'en droit français<sup>5)</sup>.

Mais la législation lombarde paraît être restée plus archaïque par un certain côté que la législation française. Le bénéfice y est resté ce qu'il était à l'époque carolingienne : une propriété appartenant au seigneur sur laquelle le vassal n'a qu'un droit de jouissance transmissible<sup>6)</sup>. Ce n'est pas dans doute que les tendances vers la patrimonialité des fiefs n'aient pas existé en Lombardie comme en France, mais elles furent contrariées par l'intervention du pouvoir impérial, qui voyait dans le maintien de l'antique conception carolingienne un principe assurant la subordination des vassaux aux seigneurs et des seigneurs à l'Empereur. Voilà pourquoi les empereurs ont étendu les restrictions apportées à la liberté du vassal de disposer du fief.

A l'époque de Conrad II, on refusait au vassal le droit d'aliéner

<sup>1)</sup> LEHMANN, *Das langobardische Lehnrecht*, 1896. Dans ce livre l'auteur publie d'une façon synoptique l'*Antiqua* et la *Vulgate* des *Libri feudorum*.

<sup>2)</sup> V. Énumération des cas dans *Antiqua*, 2, 2 = *Vulgat*, 1, 5, éd. LEHMANN p. 96.

<sup>3)</sup> *Vulgat*, 2, 34, § 4 *ib.* p. 165.

<sup>4)</sup> *Antiqua*, 6, 10 = *Vulgat*, 1, 20, *ib.* p. 105 sauf controverse dans le droit ancien sur les *minimi vavassores* qui n'ont pas encore accompli un voyage à Rome (*ib.* p. 93 *antiqua*, 3 = *vulgat* 1, 7.)

<sup>5)</sup> *Vulgat*, 2, 47, *ib.* p. 172.

<sup>6)</sup> *Ut proprietates quidem rei immobilis penes dantem remaneant, ususfructus illius ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque in perpetuum pertineat, ut ille et sui heredes fideliter domino servant, Antiqua*, 10, 1 = *Vulgat*, 2, 23, *ib.* p. 143.



le fief, sans le consentement du seigneur mais on lui permettait du moins soit de le sous — inféoder à une personne capable d'assurer le service du fief soit de disposer de la moitié de son bénéfice par *pignus*, ou *libellario nomine*. Mais ces derniers actes s'ils étaient faits sans le consentement du seigneur, ne lui étaient pas opposables; et à la mort du vassal, s'il ne laissait pas de fils ou de descendants, la portion engagée retournait au seigneur libre de toute charge. Il était en outre permis au seigneur, afin d'empêcher le vassal de le frauder par des concessions simulées de racheter le fief *justo pretio* <sup>1)</sup>.

Or, cette liberté même fut supprimée par l'empereur Lothaire III qui interdit au vassal de disposer du bénéfice soit entre vifs, soit à cause de mort, soit totalement, soit partiellement sous peine de perdre le bénéfice et le prix auquel il avait été cédé <sup>2)</sup>. L'empereur Frédéric II réitéra cette prohibition en spécifiant qu'il était interdit d'aliéner le fief aussi bien pour le tout que pour partie. Le même empereur, afin d'assurer le respect de son autorité, créa de nouveaux cas de perte de bénéfices ou de commise afin d'atteindre ceux qui, soit en Allemagne, soit en Italie, refuseraient des subsides à leur seigneur pour une expédition ou qui refuseraient de livrer leur fils coupable d'avoir offensé le seigneur <sup>3)</sup>.

La législation impériale maintient également la commise pour défaut de prestation de serment de fidélité <sup>4)</sup> dans le délai d'un an après l'ouverture de la succession.

Mais il est vrai que ces dispositions des constitutions impériales ne furent pas en vigueur dans des pays qui comme Milan prétendaient à l'autonomie. La coutume de Milan <sup>5)</sup> reconnaît la liberté pour le vassal d'aliéner, sans le consentement du seigneur, sauf clause contraire et si malgré la *fides*, le vassal aliène une portion du fief, il ne perd que cette portion. La commise pour défaut d'hommage ne fut pas non plus admise dans le droit Milanais. Par suite de l'indépendance de la commune de Milan, la législation

<sup>1)</sup> *Antiqua* 5 3 = *Vulgat.* 1, 12, *ib.* p. 97; *Antiqua*, 9, 5, p. 142. *Antiqua*, 6, 5 = *Vulgat.* 1, 17; *Vulgat.* 2, 34.

<sup>2)</sup> *Vulgat.* 2, 38, *ib.* p. 167 et 2, 52, p. 175.

<sup>3)</sup> *Vulgat.* 2, 54, p. 180.

<sup>4)</sup> *Ib.* p. 144, *Antiqua*, 10, 2 pr. = *Vulgat.* 2, 24.

<sup>5)</sup> *Liber consuetud. Mediolan.* ed. BERLAN, rub. 28.



féodale de cette ville pouvait suivre la tendance naturelle de cette époque vers la patrimonialité du droit des vassaux que nous avons trouvée en droit français.

Si l'influence de la législation impériale nous explique pourquoi sur certains points le droit féodal lombard paraît plus archaïque que le droit français, au contraire, par un autre côté, il nous paraît plus moderne.

*Les Libri feudorum* nous montrent en effet l'interprétation du droit féodal par des jurisconsultes formés à l'étude du droit Romain; cela apparaît moins peut être par un certain nombre de textes calqués sur des textes romains que par l'interprétation même de l'institution.

Tandis que les coutumiers français énumèrent les cas de perte du fief, nous voyons au contraire les jurisconsultes lombards chercher à ramener ces cas à des principes généraux. Dans les parties les plus anciennes des *libri feudorum*, l'auteur procède encore il est vrai par voie d'énumération. Le vassal perd son fief s'il abandonne son seigneur dans un combat en rase compagnie, alors que ce dernier n'est ni tué ni blessé mortellement, s'il „*cucurbitat*”, le seigneur, s'il a commerce avec la fille, la petite fille ou la bru du seigneur ou même avec la soeur du seigneur si elle est dans la maison de son frère, la simple tentative étant d'ailleurs considérée comme un délit, s'il met en gage ou donne *libellario nomine* plus de la moitié du fief, ou s'il fait des actes frauduleux pour le réaliser<sup>1)</sup>. Si, convoqué devant la cour de son seigneur à l'occasion d'une difficulté, il fait fois défaut, le seigneur est mis en possession du fief pendant un an; si dans ce délai le vassal ne se présente pas, le fief est acquis au seigneur<sup>2)</sup>.

Mais au l. 2 de la compilation nous trouvons un exposé plus scientifique: Obertus de Orto y explique en effet tous les cas de commise<sup>3)</sup> par l'ingratitude du vassal. C'est par elle qu'il explique la commise pour félonie, la principale cause d'ingratitude étant

<sup>1)</sup> *Antiqua*, 2, 2: *Vulgat.*, I. 5: éd. LEHMANN, p. 90.

<sup>2)</sup> *Antiqua*, 8, 29 = *Vulgat.*, 2, 22, *ib.* p. 138. D'après la vulgate cette pratique serait dérivée de la Lombarda. D'après les anciens auteurs il faudrait rapprocher notre texte de celui de la Novelle 112, C. 3 sur la *Contumacia*.

<sup>3)</sup> *Vulgat.*, 2, 23 et 24 = *Antiqua*, 10, 1 et 2.



naturellement l'inexécution des services pour lesquels on a conféré le bénéfice <sup>1)</sup>. C'est par cette idée qu'il explique la commise pour défaut d'hommage, pour outrage à la personne du seigneur, pour refus d'assistance au seigneur, pour aliénation illicite. Obertus de Orto voit donc tout naturellement des cas de commise dans les textes du Code ou des Nouvelles sur les révocations des donations pour ingratitude, sur l'exhérédation ou sur la répudiation, en laissant d'ailleurs aux juges plein pouvoir d'appréciation <sup>2)</sup>.

Si l'idée de rattacher la perte du fief à la révocation pour ingratitude pouvait se présenter à l'esprit, on pouvait également concevoir l'assimilation de la commise à la *condictio causa data causa non secuta*.

Dans une glose <sup>3)</sup> incorporée au texte des éditions dérivant de celles de Cujas nous voyons que la commise est analysée comme une *condictio ob rem date*: ce mot implique évidemment que les juriconsultes lombards avaient considéré le fief comme une sorte de contrat synallagmatique et la commise comme la sanction de ce contrat en cas d'inexécution des obligations du vassal.

L'une et l'autre conception du fief, soit comme une donation révocable pour ingratitude, soit comme un contrat synallagmatique résoluble pour inexécution des conditions devait amener les auteurs à distinguer entre le cas où le vassal s'est rendu coupable d'un délit contre le seigneur et celui où il s'est rendu coupable envers un tiers. <sup>4)</sup>

Dans le premier cas, que l'on considère le vassal comme un ingrat ou comme n'ayant pas exécuté ses obligations, le fief fait retour au seigneur. Dans le second cas, au contraire il n'y a ni ingratitude ni inexécution de services; le retour au seigneur ne se justifie donc pas: il y a seulement une indignité qui rend le

<sup>1)</sup> C'est cette opinion à la quelle fait allusion OBERTUS DE ORTO, *Antiqua*, 10, 2, § 6. *Sed non est alia justior causa beneficii amittendi quam si id pro quo datum fuerit hoc servilium recusavit facere.*

<sup>2)</sup> Mais OBERTUS DE ORTO ne rattache pas à l'idée d'ingratitude la perte du fief par la *contumacia* du vassal. Ce n'est vraisemblablement pas une simple omission de sa part.

<sup>3)</sup> Ed *libri feudorum* I, 21. Cette glose ne se trouve dans aucun des textes de l'édition LEHMANN. Cf. G. DURANT, *op. cit.*, t. 2, p. 318 qui parlant de la commise dit: „*condictio ex moribus ou ex lege*”.

<sup>4)</sup> *Vulgat.*, II, 24 § 10, éd LEHMANN, p. 148, n. 1.



vassal incapable personnellement de détenir le fief; et voila pourquoi il fait retour aux agnats, si c'est du moins un *feodum paternum*, (c'est-à-dire venant du père du vassal.)

Mais sur de nombreux points les deux conceptions de la commise, soit comme la peine d'un délit, soit comme la sanction de l'inexécution d'un contrat devaient aboutir à des solutions très différentes.

Si l'on admettait en effet que la commise était la sanction de l'inexécution des conditions, la commise pouvait s'opérer *ipso jure* en cas de défaut de *fidelitas*: Guillaume Durant estime, par exemple, que le seigneur peut reprendre son fief sans jugement, comme le propriétaire peut expulser son locataire qui ne paye pas son loyer <sup>1)</sup>. Azon affirme de même que si le délai d'un an se passe sans que le vassal ait fait hommage, il a perdu de plein droit son fief, car le vassal doit être assimilé à un débiteur mis en demeure et on lui applique la règle: *Dies interpellat pro homine*. Cette théorie, nous le verrons, sera réfutée par les partisans du caractère pénal de la commise comme Hostiensis <sup>2)</sup> et P. de Ravennis <sup>3)</sup>. Il est vrai que certains auteurs, tout en admettant qu'en cas de commise, le fief retourne de plein droit au seigneur, décidaient qu'il fallait cependant une sentence pour la prononcer, par respect pour le droit des tiers. C'est l'opinion d'Alvarottus, de Balde et de la glose <sup>4)</sup>.

La conception de la commise comme la résolution d'un contrat synallagmatique permettait également d'en admettre l'exercice sur les biens d'église pour inexécution des obligations féodales, car l'église pouvait se soumettre à une peine contractuelle <sup>5)</sup>.

La même théorie justifiait l'application de la règle: *Resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis*. Par suite les hypothèques et les charges consenties du fait du vassal devaient être considérées comme éteintes puisque les droits du vassal étaient eux mêmes anéantis rétroactivement par l'effet de la résolution. Le

<sup>1)</sup> *Speculum juris*, ed. 1592, t. 2, p. 301.

<sup>2)</sup> *Summa aurea*, t. de *feudis*, n°. 12.

<sup>3)</sup> *De feudis*, t. 6, dans le *Tractatu Tractatum*, t. 10, 1<sup>er</sup> p., f°. 13.

<sup>4)</sup> ALVAROTTUS, *de feudis*, ed. 1587, f°. 268, v°. n°. 4.

<sup>5)</sup> V. exposé de cette théorie soutenue par Socin, Jason et Panormitanus et la réfutation de leurs arguments dans DUMOULIN, *loc. cit.*, n°. 200.



fief soumis à la commise était considéré comme n'ayant pas cessé d'appartenir au seigneur féodal et revenant à sa source première *ex antiqua causa*. Il devait donc être considéré comme un propre de communauté et comme un propre de succession <sup>1)</sup> s'il était réuni à un propre.

Il est vrai que les auteurs qui soutenaient la théorie de la commise sanction de l'inexécution d'un contrat, concevaient également que la commise pût avoir le caractère d'une pénalité. Ainsi G. Durant <sup>2)</sup> qui estime que le fief est perdu *ipso jure* pour inexécution du contrat, admet aussi que le fief peut être commis par sentence pour félonie et il nous donne le modèle d'un libelle pour demander cette sentence; Alvarottus <sup>3)</sup> admet également que la commise peut être, soit la sanction de l'inexécution d'un contrat, soit celle d'un délit.

Mais tandis que certains auteurs ne considèrent la faute delictuelle que comme un cas particulier de commise existant à côté de l'inexécution du contrat, d'autres auteurs semblent nier l'existence de la faute contractuelle comme cas de commise. Hostiensis <sup>4)</sup> ainsi ne considère parmi les cas de perte du fief que le cas fortuit, la négligence, la faute simple, la félonie, l'indignité, l'entrée en religion. Il pense que si le vassal perd son fief par son fait ou sa négligence, c'est parce qu'il a mérité une pénalité. L'intérêt qu'il y avait surtout pour Hostiensis à soutenir cette théorie, c'est afin d'empêcher la commise des fiefs ecclésiastiques. L'église ne pouvait pas être en effet frappée d'une pénalité, donc les biens ecclésiastiques ne pouvaient pas être l'objet d'une commise. Par suite de cette même conception, Hostiensis décidait que la commise, étant une peine, devait être prononcée par jugement, car il n'appartient à personne de se faire justice à soi-même, il ne faisait d'exception que pour le cas d'aliénation illicite, parce que le vassal est réputé avoir dans ce cas abandonné le fief comme une *res derelicta*.

Cette conception pénale de la commise vulgarisée par la diffusion des *libri feudorum* et de la théorie de la révocation pour ingratitude, servait également à écarter les effets de la résolution pour inexécution du contrat féodal.

<sup>1)</sup> Cf. *ib.*      <sup>2)</sup> *Op. cit., loc. cit.*      <sup>3)</sup> *Op. cit., loc. cit.*

<sup>4)</sup> *Summa aurea de feudis*, n<sup>o</sup>. 12, ed, 1573 col. 774.



Puisque la commise n'était qu'une pénalité, elle ne devait pas préjudicier aux tiers et par suite, les hypothèques et les servitudes créées par le vassal sur son fief devaient subsister. Les fautes d'un prélat ne devaient pas préjudicier à l'église, et si un prélat encourait la peine de la commise, il ne devait perdre que les fruits du bénéfice sa vie durant, solution qui fut admise par la législation impériale <sup>1)</sup>.

Le fief commis étant donc acquis en vertu d'une pénalité et non en vertu de la réalisation d'une condition résolutoire, devait être considéré comme étant acquis *ex causa lucrativa*, et, par suite, être un acquêt de succession, mais par une distinction subtile, certains auteurs décidèrent que le fief ainsi acquis, étant un accessoire du fief du seigneur exerçant la commise, devait être réputé propre de communauté <sup>2)</sup>, si le fief de ce seigneur était un propre.

La conception délictuelle de la commise faisait établir un rapprochement entre la commise et l'injure, entre les manquements du vassal à ses obligations et l'inexécution des obligations de l'affranchi envers son patron <sup>3)</sup>. Pour apprécier la culpabilité, on faisait intervenir les notions de responsabilité pénale et on assimilait la tentative au délit <sup>4)</sup>.

L'influence romaine ne se manifesta pas seulement sur la notion de la nature de la commise, mais aussi sur son application et particulièrement, elle servit à fixer une limite à l'idée de fidélité due par le vassal au seigneur. La doctrine admit parfaitement que le vassal devait préférer le salut de son seigneur à son propre salut, cela était conforme aux textes Romains, mais elle limitait l'obligation de fidélité au seigneur par les idées canoniques de justice et les idées Romaines d'obéissance au Souverain. Le vassal n'est tenu de suivre le seigneur dans une expédition que si ce dernier fait une guerre juste <sup>5)</sup>.

Malgré le lien de *fidélitas*, malgré la foi dûe au serment invoquée

<sup>1)</sup> *Capitul. Conradi; Libri feudorum (Vulgat, 2, 40, § 3, éd. LEHMANN, p. 169).*

<sup>2)</sup> DUMOULIN, *loc. cit.*, n<sup>o</sup>. 98, se referait à l'autorité de Balde, de Bartole et d'Alexander.

<sup>3)</sup> G. DURANT, *op. cit.*, t. 2, p. 310.

<sup>4)</sup> BALD., *In usus feud. commentar*, ed. 1566, f<sup>o</sup>. 20.

<sup>5)</sup> *Ib.* Cf. HOSTIENSIS, *Summa aurea*, ed. 1573, col. 780.



par certains auteurs, la doctrine qui semble avoir triomphé au XIV<sup>e</sup> siècle, c'est que le vassal ne doit pas suivre son seigneur contre le roi, soit parce que le roi est *princeps in regno suo* <sup>1)</sup> soit parce que le roi le pape et l'empereur sont les seigneurs primitifs et les plus anciens <sup>2)</sup>. Nous voyons cette idée apparaître dès le XIII<sup>e</sup> siècle dans la coutume de Milan, qui défend au vassal de suivre son seigneur dans une guerre contre la patrie (la cité de Milan) <sup>3)</sup>.

Enfin la sagacité des auteurs n'eut pas de peine à établir une différenciation entre la confiscation et la commise <sup>4)</sup>. Dans le droit Lombard, la confiscation est une peine exceptionnelle intervenant au profit de l'Empereur seulement, dans les cas de lèse-majesté ou d'hérésie. La question qui s'est posée fut celle de savoir ce qu'il advenait en cas de confiscation de fief. Ce fut une des plus belles controverses des feudistes <sup>5)</sup>. Les uns prétendaient que le fief devait revenir au seigneur féodal parce qu'il s'agissait d'une donation révoquée pour l'indignité du donataire. Cette conception tendait à faire de la confiscation un cas de commise. Mais d'autres au contraire prétendaient que tous biens venant du roi, le fief confisqué retournait à sa nature primitive en étant acquis par le roi. D'autres ne voyaient dans la confiscation que la sanction d'un crime et lorsque ce crime n'était pas commis contre la personne du seigneur ils décidaient que le fief devait retourner aux agnats suivant la distinction que nous avons vue. Mais la solution qui prévalut fut une conciliation entre les principes du droit monarchique et ceux du droit féodal. Le roi ou l'empereur acquièrent en principe les fiefs par la confiscation mais ils sont tenus de respecter les droits du seigneur féodal <sup>6)</sup>. Cette solution établissait donc une différenciation très nette entre la commise et la confiscation. Mais cependant cette différence fondamentale n'excluait pas un certain nombre de ressemblances et notamment si

<sup>1)</sup> G. DURANT, *op. cit.*, t. 2, p. 309 invoque déjà cet argument.

<sup>2)</sup> P. DE BELLEPERCHE, *De feudis, Tract. tractat.*, t. 10, 2<sup>e</sup> p., f<sup>o</sup>. 6, v<sup>o</sup>.

<sup>3)</sup> LEHMANN. *Das Langobardische Lehnrecht*, p. 145, n<sup>o</sup>. 3.

<sup>4)</sup> V. p. ex. distinction entre les *feoda acquisita, confiscata, commissa, finita* dans JOAN RH. MARNI, *de feudo ex pacto et providentia, ib.*, t. 10, 1<sup>er</sup> p., f<sup>o</sup>. 123, n<sup>o</sup>. 81.

<sup>5)</sup> FRAN. SANSBECH appelle cette controverse "*pulchra quaestio*", *Tract. Tract.*, t. 10, 2<sup>e</sup> p., f<sup>o</sup>. 193, 7<sup>o</sup>.

<sup>6)</sup> Cf. exposé de ces diverses théories dans G. DURANT, *op. cit.*, t. 2, p. 314.



l'on admettait que l'une et l'autre étaient des pénalités, toutes les règles équitables relatives au respect du droit du tiers, dégagées par le droit canonique et par les glossateurs en matière de confiscation furent étendues par les feudistes à la commise, et le principe évangélique d'après lequel la pénalité ne doit pas frapper des tiers innocents fut une source féconde de progrès juridique <sup>1)</sup>.

2°. *Influence de la doctrine des feudistes sur le droit coutumier français.* L'autorité des *Libri feudorum* en France semble avoir été reconnue au moyen âge dans la plupart des pays de droit écrit <sup>2)</sup> Néanmoins, leur force législative fut très contestée. Bien que quelques auteurs aient voulu y voir le droit commun, soit des pays de droit écrit <sup>3)</sup>, soit des fiefs ecclésiastiques <sup>4)</sup>, soit des pays coutumiers <sup>5)</sup>, leur opinion ne prévalut pas dans la pratique.

Mais si le texte des *libri feudorum* n'eut pas de valeur législative en France, il eut cependant une grande influence doctrinale, et il est intéressant de voir comment, par l'intermédiaire des

<sup>1)</sup> L'idée du respect du droit des tiers en matière de confiscation nous paraît d'origine canonique. Cette idée a été soutenue par INNOCENT III au cours des négociations relatives à la croisade des Albigeois — Lettre d'INNOCENT III, ep. 12, n°. 122, MIGNE 216, Col. 152, — tout au moins en ce qui concerne les droits des seigneurs féodaux dont les vassaux sont hérétiques et dont les fiefs sont confisqués. Cette conception fut consacrée par le Concile du Latran de 1215 dont les décisions furent insérées au *Corpus Juris Canonici*.

Les canonistes comme HOSTIENSIS virent dans cette règle l'application d'un principe plus général, celui du respect du droit des tiers qui ne devaient pas être frappés pour le délit d'autrui, et il est possible que ce soit par leur intermédiaire que ce principe ait pénétré dans le droit français. *Lectura Super quinto Decretalium, de hæreticis*, cap. 13, n°. 14, ed. 1581, f°. 29, 7°.

<sup>2)</sup> V. Application par exemple de la commise pour défaut d'hommage dans le délai d'un an à Toulouse en 1238 dans TEULET, *Tresor des chartes*, t. 2, p. 376, n° 3778. Dans le Lyonnais, cf. arrêt de JEAN LECOQ, éd. de 1525, f°. 77, quest. 118, „quod post mortem Symonis non intraverat in ejus fidem et homagium intra annum et diem cum esset in patria juris scripti.

<sup>3)</sup> V. P. ex. BARO, *Methodus ad Obertum de beneficiis*, 1549, p. 98, exposé de la controverse sur cette question.

<sup>4)</sup> FRANCISC. CURT., *de feudis*, quest. 2, n°. 1, *Tract. Tractat.*, t. 10, 2<sup>e</sup> p. f°. 40.

<sup>5)</sup> POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Cont. d'Anjou*, col. 473, qui réfute sur ce point l'opinion de Chopin. DUMOULIN, *Opera*, t. 2, p. 585, voit dans les *Libri feudorum* un texte de droit local relatif à l'*Insubria*.



jurisconsultes, les conceptions des feudistes passèrent dans notre droit coutumier.

Des deux principales conceptions en présence sur la nature de la commise, la conception délictuelle était celle qui s'adaptait le mieux aux tendances générales du droit français. Aussi, ne devons nous pas nous étonner que l'action de la science des feudistes ne se manifeste pas seulement comme au XIII<sup>e</sup> siècle par un certain nombre d'emprunts de solutions pratiques <sup>1)</sup> faits par nos auteurs coutumiers, mais surtout par la conception générale de l'institution.

Avant Dumoulin, nous voyons déjà ce travail commencer chez nos auteurs. Les jurisconsultes français se rendaient parfaitement compte de ce que la doctrine lombarde ne correspondait pas à l'état de notre droit, et notamment que la patrimonialité des fiefs donnait une physionomie tout à fait particulière aux coutumes françaises <sup>2)</sup>. Mais la science des feudistes avait dégagé un certain nombre de principes qu'ils adaptèrent sans les copier servilement. Ainsi, bien que nos auteurs rejettent la distinction entre le délit commis contre le seigneur qui entraîne le retour du fief au seigneur, et le délit commis contre un tiers qui amène seulement le retour du fief aux agnats, ils recueillent néanmoins cette notion que la commise n'a lieu que si un délit a été commis contre le seigneur <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> V. par exemple la solution que donne BEAUMANOIR à propos de la commise des bénéfices ecclésiastiques, éd. SALMON, 45, n<sup>o</sup>. 1463; la disposition des *Etabl. de St. Louis* I, 72 que nous avons citée, sur la défaut d'hommage, l'idée d'invoquer l'*ignorantia* du vassal dans le cas de désaveu (arrêt de 1311 *Olim*, t. 2, p. 547 *cit. supra*).

<sup>2)</sup> C'est particulièrement JEAN FABER qui a dégagé cette notion de patrimonialité. Il y a vu une coutume générale de la France, *Inst., de actionibus, Item Servianae* n<sup>o</sup>. 28. V., sur les essais d'explication de cette patrimonialité par les principes du droit écrit l'essai de J. DE REVIGNY dans TOURTOULON, *Les oeuvres de J. de Revigny*, p. 45: le droit du vassal n'est limité pour cet auteur que par la nécessité de trouver un acquéreur ayant les qualités personnelles requises pour tenir un fief.

<sup>3)</sup> C'est évidemment dans ce sens seulement qu'il faut entendre l'opinion de N. BOERIUS, *Consilium* 42, qui nous dit que l'opinion de Bartole distinguant l'offense personnelle au seigneur et le délit contre un tiers est admise dans toute la France; cf. MASUER, *Practica forensis, de feudis*, n<sup>o</sup>. 8. *Si vassalus commiserit feloniam adversus dominum res cadit in commissum.*



Bien qu'ils établissent une distinction comme les auteurs lombards entre la commise et la confiscation, la perte du fief leur apparaît toujours comme une pénalité, et voilà pourquoi les textes antérieurs au XVI<sup>e</sup> siècle employent indifféremment les mots de commise ou de confiscation<sup>1)</sup>. Voilà pourquoi sans doute on ne distinguait pas entre les effets de la commise et ceux de la confiscation, et les règles équitables et protectrices des droits des tiers (et peut-être aussi de la femme, douairière, des créanciers du vassal) introduites dans le droit Français par suite de l'influence Romano-canonique semblent s'appliquer indistinctement à l'une et à l'autre<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> *Commisum* a indifféremment le sens de commise ou de confiscation. Le mot *commisum* semble dans de nombreux arrêts des Olim avoir le sens de confiscation: p. ex arrêt de 1281, *Olim*, t. 2, p. 187, n<sup>o</sup>. 49. Arrêt de 1268, t. 1, p. 280, n<sup>o</sup>. 85. Arrêt de 1261, t. 1, p. 512. De même dans le texte des coutumes rédigées le mot confiscation désigne souvent la commise cf. GUENOIS, *Conférence des Coutumes*, table, V<sup>o</sup> Confiscation et V<sup>o</sup> Commise. DUMOULIN proteste précisément contre cette confusion des termes cf. *infra*, p. 93.

<sup>2)</sup> L'idée du respect du droit des tiers ne semble avoir été admise que progressivement par la jurisprudence française. Les droits de la femme douairière sur le bien confisqué ne semblent pas encore nettement établis au début du XIII<sup>e</sup>s. (v. p. ex arrêt de l'Echiquier de Normandie dans MARNIER, *Echig. Normandie*, p. 64 et p. 129; — arrêt de 1264, *Olim*, t. 1, p. 579, n<sup>o</sup>. XII. Cf. CHOPPIN, *De moribus Parisiorum*, 1603, p. 231), mais paraît déjà en voie d'être admis dans un arrêt de 1257, (cf. CHENON, *les grands jours de Berry*, p. 15, n<sup>o</sup>. 7), dans le T. A. C., Normandie, 80, n<sup>o</sup>. 6 ed. Tardif, t. 1, p. 71, dans les ordonnances de janvier 1303 pour Toulouse, *Rec. Ord.*, 1, p. 376, de décembre 1365, par Langres, *ib.* t. 3, p. 363. Quant aux droits des créanciers sur la chose confisquée, ils semblent avoir été admis dès l'ordce. de 1303 pour Toulouse, citée *supra* et par la jurisprudence du XIV<sup>e</sup> s. (arrêt du 23 juin 1369, *Reg. Parl. Coll. Lenain*, t. 15, f<sup>o</sup>. 126, et f<sup>o</sup>. 523. Mais la question était discutée et notamment les gens du roi soutenaient la thèse défavorable aux droits des créanciers.

C'est ce qui nous explique pourquoi en 1420 et en 1437 le prévôt de Paris a dû prendre une délibération afin de faire reconnaître le droit des créanciers sur les biens confisqués, Bib. Nat., ms. français 16175. f<sup>o</sup>. 65. La question était encore discutée au XVII<sup>e</sup> s. et un arrêt du 9 avril 1657 donna raison aux créanciers. (*Coll. Lenain*, t. 250, f<sup>o</sup>. 324). Mais il convient de faire remarquer que tous ces textes sont relatifs aux droits des créanciers chirographaires sur le patrimoine confisqué. Il est peut être douteux que la même règle se soit appliquée aux créanciers chirographaires sur le fief commis, lorsque la commise ne produisait que les effets d'une confiscation partielle cf. *infra*, p. 95. Quant aux créanciers ayant au droit réel sur le fief V, *supra*, p. 79.



Mais ce fut surtout au XVI<sup>e</sup> siècle, après la rédaction des premières coutumes, que nous voyons un effort de synthèse du droit coutumier et de la doctrine des feudistes. C'est particulièrement à Dumoulin qu'il faut en faire honneur. Dans son commentaire du titre des fiefs de la coutume de Paris, Dumoulin explique la commise par les théories des feudistes. Distinguant, comme les anciens feudistes, la commise et la confiscation que les auteurs coutumiers avaient tendance à confondre <sup>1)</sup>, il explique la commise par l'ancienne conception d'Obertus de Orto : par l'idée d'ingratitude <sup>2)</sup>. Mais si l'ingratitude est la seule cause de la commise, il faut cependant distinguer entre la félonie et le désaveu. La félonie est un délit qui suppose simplement chez son auteur la capacité de s'obliger par ses délits qui peut donc être imputable à toute personne sortie de *l'infantia*. Pour qu'il y ait délit il faut l'intention de nuire, mais la simple tentative doit suffire <sup>3)</sup>. Les cas de félonie seront les cas d'ingratitude, mais il ne faut pas prendre littéralement tous les cas énumérés aux *libri feudorum* comme des cas de félonie <sup>4)</sup>. La félonie étant caractérisée surtout par un manque de déférence envers le seigneur, il n'est pas nécessaire de rechercher si le vassal a fait ou non hommage au seigneur. Le respect est dû au seigneur indépendamment de ces formalités, car le vassal sait avant l'hommage, qu'il va recevoir le fief du seigneur <sup>5)</sup>. A l'égard du seigneur féodal, la commise pour félonie présente plus d'un trait de ressemblance avec l'action d'injures. Comme l'action d'injures, l'action en commise pour félonie appartient personnellement au seigneur et est intransmissible activement, car l'offensé doit toujours conserver la faculté de pardonner; mais afin d'empêcher le vassal de chercher à se soustraire à une juste peine, l'action est opposable aux tiers et considérée comme *scripta in rem* <sup>6)</sup>.

Quant au désaveu, il faut pour qu'il soit réalisé qu'il y ait à la fois désaveu *personæ et rei* <sup>7)</sup>, c'est à dire à la fois négation du lien personnel de vassalité et du lien réel de tenure. S'il y a simplement désaveu *personæ* sans désaveu *rei*, comme par exemple

<sup>1)</sup> DU MOULIN, *Comm. Cout. Paris, t. Des fiefs*, § 43, *Opera*, t. 1, p. 494, n<sup>o</sup>. 181.

<sup>2)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 1.      <sup>3)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 70.      <sup>4)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 50.

<sup>5)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 162.      <sup>6)</sup> *Ib.*, p. 508, n<sup>o</sup>. 40 a 70.      <sup>7)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 9.



dans le cas où le vassal conteste simplement au seigneur le droit de posséder la qualité de seigneur du fief sans contester le lien de dépendance entre le fief et la seigneurie, — s'il y a désaveu *rei* sans désaveu *personæ*, comme par exemple dans le cas où le vassal prétend tenir en alleu sa terre, il n'y aura pas commise. Puisqu'il faut désaveu *rei* et *personæ*, pour qu'il y ait commise, si le désaveu ne porte que sur une portion de fief, il n'y aura commise que pour cette portion de fief. Dumoulin rejette ainsi la solution „*saturnina*” de certains feudistes et se conforme sur ce point à ce qui nous paraît la tradition coutumière.

Mais ce qui distingue le désaveu de la félonie, c'est que le désaveu est moins un délit qu'un acte de mauvaise gestion<sup>1)</sup>. Il n'entraînera la commise que si celui qui y procède a pleine capacité d'aliéner. Si c'est un incapable qui désavoue, il n'y aura pas commise. Si c'est l'administrateur des biens d'une communauté, il faudra que de son désaveu soit approuvé comme les actes d'aliénation. Le désaveu peut être soit judiciaire, soit extrajudiciaire. Seul, le désaveu extrajudiciaire a le caractère d'un délit qui suppose la *scientia* du vassal. Le désaveu judiciaire est au contraire une peine du plaideur téméraire, et il est indifférent de savoir si le vassal qui a désavoué le fait sciemment ou non<sup>2)</sup>.

Malgré cette nuance entre le désaveu et la félonie, l'idée générale de Dumoulin, c'est que la commise est la sanction d'un délit. Voilà pourquoi il rejette pour ces deux cas l'idée que la commise peut avoir lieu *ipso jure*, car ce serait se faire justice à soi-même<sup>3)</sup>. En dehors de quelques hypothèses exceptionnelles où la commise a lieu de plein droit (comme les cas d'aliénation illicite ou de crime de lèse majesté que Dumoulin emprunte d'ailleurs aux feudistes), la commise doit avoir lieu en vertu d'une sentence, dont l'effet sera moins attributif que déclaratif. C'est ce que Pothier exprimera plus tard en disant que le seigneur acquiert par le délit du vassal un *jus ad rem* sur le fief, il n'obtiendra le *jus in re* que par la sentence<sup>4)</sup>. Au jour de la sentence le seigneur acquerra non seulement le fief du vassal, mais les fruits de ce fief depuis le jour de la *litis contestatio*, à moins qu'il n'y

<sup>1)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 70.      <sup>2)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 27.

<sup>3)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 37 à 39.

<sup>4)</sup> POTHIER, *Traité des Fiefs*, éd. 1776, t. I, p. 219.



ait eu saisie, transformée plus tard en commise (par exemple par le désaveu du vassal), auquel cas les fruits seront acquis au seigneur du jour de la saisie <sup>1)</sup>).

Puisque la commise est la sanction d'un délit, Dumoulin écarte la théorie de ceux qui voient dans la commise la résolution d'un contrat synallagmatique. Il distingue au point de vue des effets entre la commise, la confiscation et la résolution <sup>2)</sup>. La commise est une pénalité qui ne doit pas préjudicier aux tiers ayant des droits réels sur le fief, à la femme du vassal qui a des droits sur le fief soit comme douairière, soit comme commune en biens, au mari de la femme vassale qui a droit aux revenus des propres de sa femme, aux créanciers hypothécaires, aux acquéreurs de droit réels sur le fief; mais elle pourra préjudicier à ceux qui n'ont que des droits personnels comme le fermier à court terme <sup>3)</sup>.

Le seigneur acquiert donc le fief par la commise. La commise est un titre d'acquisition. Ce n'est pas un cas de retour *ex pristina causa*: par suite le fief acquis par commise sera toujours considéré comme un acquêt de succession, même si le domaine direct du seigneur procédant à la commise est un propre. Si le domaine du seigneur direct est un propre de communauté, Dumoulin considère cependant que le fief du vassal objet de la commise sera un propre de communauté, parce que ce fief est un accessoire du principal, qui est le domaine direct <sup>4)</sup>.

Tandis que la conception délictuelle de la commise se développait de plus en plus en France, surtout grâce à l'autorité de Dumoulin et de Cujas <sup>5)</sup>, la théorie contractuelle de la commise prenait cependant une nouvelle vitalité. Avant le XVI<sup>e</sup> siècle, nous ne la voyons pas apparaître dans nos auteurs coutumiers. Mais dès le XV<sup>e</sup> siècle, le pouvoir royal semble avoir voulu l'utiliser <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> DUMOULIN, *loc. cit.*, n<sup>o</sup>. 44.      <sup>2)</sup> *Ib.* n<sup>o</sup>. 181 sqq. et n<sup>o</sup>. 94.

<sup>3)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 71—120 et n<sup>o</sup>. 177—203.      <sup>4)</sup> *Ib.*, n<sup>o</sup>. 84—85.

<sup>5)</sup> *Opera, De Feudis*, ed. Paris, 1637, t. 2, Col. 812.

<sup>6)</sup> Déjà dès le XV<sup>e</sup> siècle les tables de *Lenain, Collection du Parlement* V<sup>o</sup>. *confiscation*, nous révèlent que cette thèse était généralement soutenue par les avocats du roi pour les confiscations au profit du roi. Voir encore un exemple en 1554 dans le manuscrit de la *Bibl. Nat. Dupuy*, 5 f<sup>o</sup>. 105. V. pour l'an 1430 l'argument d'un procureur du roy alléguant la *coutume notoire que le roy prent confiscation sans charges*. (*Arch. Nat.*, X<sup>1a</sup> 1481, f<sup>o</sup>. 33, r<sup>o</sup>). Cf. DESMARES, *déc.* 240.



La commise considérée comme un cas de résolution du contrat féodal devait amener la résolution de tous les actes de disposition faits par le vassal sur le fief et le retour du fief tenu du roi au domaine de la couronne, sans qu'il y ait à la charge du roi aucune dette. L'intérêt de cette conception apparaissait surtout au XVI<sup>e</sup> siècle où, après de longues incertitudes, il commençait à être admis que la confiscation ne pouvait pas préjudicier aux tiers et ne pouvait se faire qu'à la charge des dettes. Voilà pourquoi François I<sup>er</sup> lors de la trahison du connétable de Bourbon décida que les criminels coupables de lèse-majesté seraient en même temps considérés comme félons ce qui avait surtout de l'intérêt pour permettre d'éteindre les charges qui pouvaient grever les fiefs confisqués et particulièrement les substitutions <sup>1)</sup>. Voilà pourquoi pendant les guerres de religion, Dutillet consulté par la royauté sur la question de savoir s'il était préférable de procéder à la commise ou à la confiscation des biens des hérétiques ne cache pas ses préférences pour la commise. Dans son mémoire <sup>2)</sup> qui ne manque pas d'un certain cynisme, cet auteur faisait valoir que le „retour” pouvait permettre au roi de recueillir les biens des huguenots sans être tenu des charges ou des dettes de ces derniers (l'auteur ne semble pas faire exception même pour les sommes dues en réparation des dommages causés par les rebelles, tout en estimant que le roi doit être tenu de ces réparations qui sont privilégiées). Il présentait en outre cet avantage que les biens des huguenots étaient de plein droit réunis au domaine, tandis qu'en procédant à la confiscation, le roi aurait été fatalement amené à distribuer les terres confisquées entre tous les capitaines qui l'en auraient sollicité.

C'est vraisemblablement cette conception contractuelle de la commise utilisée par le pouvoir royal qui nous explique pourquoi chez les publicistes <sup>3)</sup>, comme Bacquet, nous voyons une distinction

<sup>1)</sup> Ord. 10 Août 1539 dans ISAMBERT, *Rec. Anc. Lois Françaises*, t. 12, p. 590 Cf. BIB. NAT., *Dupuy*, 38, f<sup>o</sup>. 290, lettres d'Henri IV de février 1589 déclarant plusieurs villes du royaume convaincues de lèse-majesté et de félonie. Cf. arrêt du 23 Août 1613 conforme à l'ordonnance de 1539 dans BIB. NAT., *Dupuy*, 5, f<sup>o</sup>. 111.

<sup>2)</sup> BIB. NAT., *Ms. Français* 4315, f<sup>o</sup>. 31.

<sup>3)</sup> BACQUET, *Droit de justice*, 11, n<sup>o</sup>. 3-5; v. encore cette théorie dans DE LA TOULOUBRE, *Jurisprudence observée en Provence*, 1786, t. 1, p. 87.



entre la commise ou confiscation au profit du seigneur et celle au profit du roi : la confiscation au profit du roi comportant toujours la résolution des actes de disposition de la chose confisquée, car le roi est considéré comme le souverain féodal de tout le royaume et les choses confisquées par le roi sont censées retourner à leur concédant originaire.

Mais si cette théorie semble avoir été surtout favorable au trésor royal, elle fut cependant soutenue dans la doctrine, peut être guidée par une préoccupation d'ordre fiscal. Guy Coquille et d'Argentré ont soutenu la théorie de l'effet résolutoire. Guy Coquille<sup>1)</sup> consacre particulièrement de nombreux passages de ses œuvres à la distinction entre la commise qui produit l'effet résolutoire et la confiscation qui est une simple pénalité. Au XVIII<sup>e</sup> siècle encore, Daguesseau<sup>2)</sup> se fera le champion de cette conception.

Cette divergence fondamentale dans la doctrine nous la retrouvons dans la jurisprudence. Les parlements hésitent entre la conception contractuelle ou la conception délictuelle de la commise. La question présentait un gros intérêt pratique. Il s'agissait de savoir si les tiers ayant un droit réel sur l'immeuble sujet à la commise perdaient ou conservaient leurs droits.

D'après Pocquet de Livonnière<sup>3)</sup>, la jurisprudence du Parlement de Paris aurait tout d'abord admis la théorie délictuelle : dans un arrêt du 13 Septembre 1569, puis du 31 Octobre 1573, elle aurait reconnu les droits réels acquis par des tiers sur l'immeuble sujet à la commise.

Puis deux autres arrêts du 7 Septembre 1574 et du 19 Juillet 1631 auraient été interprétés faussement comme admettant la thèse inverse, alors qu'en réalité le premier excluait simplement les créanciers chirographaires et le second des créanciers hypothécaires ayant acquis des droits réels sur le fief depuis la félonie du vassal.

Ce n'est, en réalité, qu'à partir de l'arrêt du 10 Mars 1635<sup>4)</sup>

<sup>1)</sup> *Coutume de Nivernois*, ch. 4, *des fiefs*, art. 66, Cf. D' ARGENTRÉ, *Commentaire de la coutume de Bretagne*, art. 621.

<sup>2)</sup> DAGUESSEAU, *Oeuvres*, t. 7. p. 539, étend cette solution aux offices.

<sup>3)</sup> POCQUET, *Cout. d'Anjou*, Col. 481. nous fait un exposé historique de cette jurisprudence jusqu'au XVII<sup>e</sup>.

<sup>4)</sup> *Journal des Audiences*, t. I, l. 3, ch. 14, p. 239, Cf. BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux*, p. 450.



que l'on peut dire que la jurisprudence du Parlement de Paris a admis la théorie contractuelle et a refusé de reconnaître les droits des créanciers hypothécaires et de la femme pour son douaire et les conventions matrimoniales sur le fief objet d'une commise. Cet arrêt ne passa d'ailleurs qu'à 7 voix contre 5 et malgré l'avis de Lamoignon.

Cependant, le Parlement de Bretagne et le Parlement de Normandie avaient une jurisprudence plus favorable aux tiers. Un arrêt du P. de Bretagne <sup>1)</sup> du 10 Octobre 1573 ne prononce la commise qu'à la charge du douaire de la femme. La jurisprudence Normande pousse le respect du droit des tiers jusqu'à reconnaître aux créanciers chirographaires un droit sur le fief commis; les héritages tombés en commise restent affectés aux dettes antérieures à la plainte qui a provoqué la commise, discussion faite auparavant des biens confisqués.

Enfin au Parlement de Paris un revirement de jurisprudence se produisit et le 23 Juin 1713, il fut décidé que la commise ne pourrait pas porter préjudice aux créanciers hypothécaires <sup>2)</sup>.

Depuis cet arrêt on peut dire que la théorie contractuelle de la commise a cessé d'avoir un intérêt pratique et la conception délictuelle, soutenue avec tant de vigueur par Dumoulin fut généralement admise dans toute la France <sup>3)</sup>.

## II. DÉCADENCE DE LA COMMISE FÉODALE.

A partir du XIV<sup>e</sup> siècle la féodalité perd de plus en plus toute signification politique et militaire, le pouvoir royal se reconstitue, Par suite de ce déclin général des institutions féodales, le domaine de la commise se restreignit de plus en plus.

Nous voyons peu à peu disparaître des textes coutumiers la commise pour manquement aux obligations militaires du fief. Il y est encore fait allusion dans la *Somme rural* de Boutilier <sup>4)</sup>. Il y est dit que si le vassal défaut à l'ost du seigneur, il doit payer une amende de 60 sols. Il ne perdra son fief qu'à la 2<sup>e</sup>, ou même suivant certains auteurs, qu'à la 3<sup>e</sup> fois. L'auteur cite

<sup>1)</sup> BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*, V<sup>o</sup>. Commise.

<sup>2)</sup> Ib.

<sup>3)</sup> HANRIOT DE PANSEY, *Traité des fiefs*, p. 547.

<sup>4)</sup> *Somme rural*, éd. 1621, l. 1. t. 83, p. 483 et t. 38, p. 466.



dans ce sens un jugement rendu à Lille en 1389. Mais déjà Masuer, déjà l'auteur de la coutume glosée d'Anjou de 1457 et celui du grand coutumier de France paraissent ignorer complètement ce cas de commise. Charondas Le Caron nous dit que ce cas fut abrogé par les ordonnances sur le ban et l'arrière — ban qui infligèrent d'autres pénalités. D'une façon plus générale <sup>1)</sup> Choppin nous dit que la commise pour inexécution de services est tombée en désuétude <sup>2)</sup> en France.

Les progrès du pouvoir royal nous expliquent aussi pourquoi déjà au XIII<sup>e</sup> siècle la commise n'est plus admise si le vassal cite son seigneur devant la Cour du Roi <sup>3)</sup>. Voilà pourquoi, sans doute, aussi la commise a disparu en cas d'appel à la Cour du roi contre la sentence du seigneur. Cette protection du vassal contre la commise, en cas d'appel <sup>4)</sup> au roi, qui fut d'abord peut être admise comme une mesure provisoire de procédure <sup>5)</sup> devint une règle de droit. Au XV<sup>e</sup> siècle il ne semble plus qu'il existe de commise prononcée contre le vassal pour avoir fait appel à tort contre le jugement de son seigneur.

La commise pour désaveu, elle même, vit dès le XIV<sup>e</sup> siècle et peut être même dès le XIII<sup>e</sup> siècle, son domaine se restreindre par suite de cette idée que le roi est le „Souverain fiefieux” de tout le royaume et que le vassal qui désavoue le seigneur en avouant le roi ne doit pas encourir la commise <sup>6)</sup>.

A l'époque de leur rédaction la plupart des coutumes admirent, conformément au droit antérieur qu'il y avait deux cas de commise: la félonie et le désaveu. Quelques coutumes virent un 3<sup>e</sup> cas dans le désaveu partiel. D'autres procédèrent à une énumération détaillée de diverses hypothèses pratiques; d'autres enfin,

<sup>1)</sup> *Ib.*

<sup>2)</sup> *De legibus Andium*, 1611, t. 2, p. 243; Choppin invoque d'ailleurs en ce sens l'autorité de Masuer.

<sup>3)</sup> *Et. St. Louis*; I, 59 V. interprétation de ce texte dans LEVY-BRÜHL, *Nous Rev. Hist.* 1919, p. 643.

<sup>4)</sup> *Ib.*, Le texte des Etablissements de St. Louis fut modifié dans les coutumes glosées du XIV<sup>e</sup>, et étendu au cas d'appel.

<sup>5)</sup> V. exemple de ce fait dans PITHOU, *les Coutumes de Troyes*, p. 455, sur l'art. 43 de l'anc. coutum.

<sup>6)</sup> V. Cette théorie déjà dans MASUER, *loc. cit*



prirent soin de spécifier que tel ou tel fait ne donnerait pas lieu à une commise <sup>1)</sup>).

Mais la félonie n'a plus la même signification qu'au XIII<sup>e</sup> siècle, la décadence du lien judiciaire politique militaire résultant de la vassalité était un fait accompli au XVI<sup>e</sup> siècle, et il ne restait plus qu'un lien de déférence, qu'un certain respect dû par le vassal à la personne du seigneur. Cette obligation de déférence est sanctionnée comme les autres obligations par une action que le seigneur intentera contre le vassal devant la juridiction de droit commun. Il arrivera souvent que la demande de commise sera formulée par le seigneur devant la juridiction répressive. La commise s'exerçant sans l'intervention de la justice a disparu presque complètement même dans les pays qui admettaient primitivement la commise emphytéotique extra-judiciaire <sup>2)</sup>; mais d'autre part le principe de la juridiction par les pairs semble avoir complètement disparu au XVI<sup>e</sup> siècle. La commise n'est pas différenciée des autres actions judiciaires et l'attribution du fief du vassal félon au seigneur rentre dans les attributions normales de la justice seigneuriale ou de la justice royale <sup>3)</sup>; on lui applique le principe d'après lequel seul, le roi peut se rendre justice à lui-même <sup>4)</sup>.

Dans la jurisprudence et dans la doctrine du XVI<sup>e</sup> siècle au XVIII<sup>e</sup> siècle nous voyons des tendances de plus en plus restrictives de la commise.

En ce qui concerne la félonie le droit de cette époque est loin de la rigueur du droit du XIII<sup>e</sup> siècle. Le vassal pourra plaider comme avocat contre son seigneur sans s'exposer à perdre son fief <sup>5)</sup>. S'il lui oppose un démenti <sup>6)</sup>, il ne perdra le fief que sa vie durant. Pendant les guerres de religion, le Parlement de Dijon a admis sans difficulté que le vassal n'était pas tenu d'épouser les querelles de son seigneur, qu'il était libre d'être partisan du Béarnais alors

<sup>1)</sup> V. ces divers textes dans GUENOIS, *loc. cit.*

<sup>2)</sup> BRILLON, *op. Cit.*, V<sup>o</sup> commise.

<sup>3)</sup> DUMOULIN, *loc. cit.*, n<sup>o</sup>. 42, p. 508.

<sup>4)</sup> POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Cout. d'Anjou*, art. 191, col. 487.

<sup>5)</sup> C'était encore un cas de perte de fief à l'époque de MASUER, *loc. cit.*, mais un arrêt de 1374 cité par LECOQ, *quest.* 23, avait reconnu le droit du vassal de plaider comme avocat contre son seigneur.

<sup>6)</sup> POCQUET DE LIVONNIÈRE, *loc. cit.*



que son seigneur était ligueur, qu'il ne devait pour cela perdre son fief<sup>1)</sup>. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, la commise pour félonie ne sera guère plus admise qu'en cas d'injure grave ou de crime contre la personne du seigneur<sup>2)</sup>.

Même tendance restrictive quant à la commise pour désaveu. L'analyse de Dumoulin avait singulièrement restreint le champ de cette commise. Un grand nombre d'auteurs ont critiqué, sans doute, et avec raison, l'opinion de Dumoulin qui écartait la commise lorsque le vassal se prétendait franc-alleutier. Il y avait là manifestement, même en prenant la définition de Dumoulin, un désaveu, tout au moins suivant l'opinion de Pothier dans les coutumes „non-allodiales”<sup>3)</sup> où les terres étaient présumées tenues d'un seigneur. Mais d'une façon générale la plupart des auteurs ont tendu à restreindre le domaine de la commise pour désaveu. Brodeau<sup>4)</sup> rejette la distinction de Dumoulin entre le désaveu judiciaire et le désaveu extra judiciaire: l'un et l'autre doivent être accomplis sciemment. Billecoq<sup>5)</sup> n'admet pas l'existence du désaveu extra judiciaire. D'Argentré<sup>6)</sup>, lui-même considère que la notion du désaveu judiciaire de Dumoulin est trop formaliste et il permet au vassal de revenir sur ce désaveu.

D'autres auteurs ont étendu cette notion dégagée par Dumoulin que le désaveu suppose la capacité d'aliéner: ils reculent jusqu'à 25 ans l'âge à partir duquel un vassal pourra désavouer son seigneur car la minorité de 21 ans, admise par Dumoulin n'est établie qu'en faveur de l'incapable et ne doit donc pas lui nuire<sup>7)</sup>.

Dans la jurisprudence, les tendances restrictives du désaveu se font jour. Un arrêt du Parlement de Paris du 2 Mars 1534 s'orientant vers une théorie développée plus tard par Dumoulin, refuse de reconnaître la validité d'un désaveu fait par le prier d'un couvent qui n'a pas été approuvé par le chef d'ordre, ce

<sup>1)</sup> Arrêt de 1598 cité par BRILLON, *op. cit.*, V<sup>o</sup> Commise.

<sup>2)</sup> POTHIER, *op. cit.*, t. 1, p. 237.

<sup>3)</sup> *Ib.*, p. 207.

<sup>4)</sup> *Cout. de Paris*, art. 43, n<sup>o</sup>. 10.

<sup>5)</sup> *Des fiefs*, l. 12, ch. 3, sect. 1.

<sup>6)</sup> *Cout. de Bretagne*, t. 12, glose 2, n<sup>o</sup>. 3.

<sup>7)</sup> V. la liste de ces auteurs dans HANRIOT DE PANSEY, *op. cit.*, p. 537.



supérieur n'ayant pas, sans cette approbation, le droit de disposer des biens du couvent <sup>1)</sup>).

Quant à la commise se rattachant à l'idée de propriété du seigneur direct sur le fief, elle n'a même plus lieu en cas de manœuvres frauduleuses du vassal pour frustrer le seigneur des droits féodaux <sup>2)</sup>).

Donc au XVIII<sup>e</sup> siècle, la commise, soit pour félonie, soit pour désaveu tendait à disparaître. Elle apparaissait comme une institution désuète <sup>3)</sup>. Certains jurisconsultes indépendants ne cachaient pas leur hostilité à l'égard de ce droit exorbitant du seigneur féodal <sup>4)</sup>).

Même dans les pays où les coutumes étaient restées plus archaïques et dans les pays de droit écrit nous observons également la même tendance vers la restriction du champ de la commise. Nous pouvons la suivre même dans les coutumes qui connaissaient les fiefs de danger comme la Bourgogne <sup>5)</sup> et qui lui paraissaient le plus réfractaires.

Dans les pays de droit écrit, l'idée de patrimonialité des fiefs l'emporta. A Toulouse elle était déjà admise dès le XIII<sup>e</sup> siècle <sup>6)</sup>, en Dauphiné, préparée par les savantes déductions de Guy Pape <sup>7)</sup>,

<sup>1)</sup> PAPON, l. 13, t. 1 art. 9.

<sup>2)</sup> Ce cas de commise semble encore admis par BOERIUS, *Consilium* 42. Il n'est plus admis par POTHIER, *loc. cit.* Mais elle semble encore admise dans le ressort du Parlement de Toulouse par BOUTARIC, *op. cit.*, p. 259 pour l'emphytéose et la censive.

<sup>3)</sup> HANRION DE PANSEY, *op. cit.*, p. 527. „Les lois qui veillaient avec tant de sévérité à la garde de la bonne foi, de la fidélité conjugale n'existent plus chez les nations modernes. Cependant elles ne sont point abrogées mais telle est la dépravation du moins que celui qui oserait les réclamer serait couvert de honte ou de ridicule”.

<sup>4)</sup> D. DE SALVAING, *De l'usage des fiefs*, t. 1, p. 67. „La commise est une peine odieuse et contraire à la patrimonialité des fiefs”.

<sup>5)</sup> Arrêts du 25 février 1625 et du 4 mars 1664 qui écartent la commise pour prise de possession effective du fief sans le consentement du seigneur si l'on ignorait la qualité du fief ou si le vassal était mineur (BRILLON, *loc. cit.*).

<sup>6)</sup> *Consuetudo Tolose*, ed. TARDIF, art. 129, ne prononce pas la nullité de l'acte de disposition *invito domino*, mais donne seulement une préférence à l'acte faite avec le *laudamentum* du seigneur.

<sup>7)</sup> L. CHABRAND, *Etude sur Guy Pape*, p. 127.



elle finit par être admise à la fin du XVe siècle par la jurisprudence Grenobloise <sup>1)</sup>, et le vassal ne s'exposa plus à la perte de son fief pour l'avoir aliéné sans le consentement du seigneur. La commise pour défaut d'hommage tendit également à tomber en désuétude.

La confusion entre la commise et la confiscation eut cet effet de faire pratiquement disparaître la commise en Guyenne <sup>2)</sup> par interprétation des privilèges qui y abolissaient la confiscation. En Provence la même confusion nous explique pourquoi la commise est restreinte au cas où le seigneur féodal a la qualité de seigneur haut-justicier <sup>3)</sup> alors qu'il n'était pas nécessaire dans le droit commun féodal d'avoir droit de justice pour avoir droit de commise.

Seules les influences coutumières restrictives de la commise se firent sentir sur les pays de droit écrit, et ils n'empruntèrent aux pays de coutume, ni la saisie féodale, ni la commise pour désaveu qui leur restèrent à peu près inconnues <sup>4)</sup>.

Ainsi, lorsque la révolution française abolit avec les droits féodaux la commise féodale, elle ne fit que hâter la disparition d'une institution qui par l'évolution même devait être fatalement appelée à tomber en désuétude.

Nous concluons donc cette étude en répondant à la question que nous avons posée au début. Le lien entre la possession du fief et l'obligation personnelle du vassal nous paraît dériver d'une idée extrêmement ancienne dont on verrait les origines dans la préhistoire et qui s'est adaptée à l'évolution des institutions. Il est intéressant de constater que malgré l'affaiblissement de la vassalité, malgré la tendance des feudataires à transformer les fiefs en de véritables propriétés, le lien entre la possession du fief et l'obligation personnelle, lien dont la commise n'est qu'un des aspects les plus saillants, a subsisté presque intact jusqu'aux derniers jours de l'ancien régime.

Cette survivance ne s'explique à notre avis, ni par une bizarrerie

---

<sup>1)</sup> D. DE SALVAING, *loc. cit.*

<sup>2)</sup> BRILLON, *loc. cit.*

<sup>3)</sup> DE LA TOULOUBRE, *Jurisprudence observée en Provence*, 1756, t. 1, p. 88.

<sup>4)</sup> DE SALVAING, DE LA TOULOUBRE, BOUTARIC, *loc. cit.*



de l'histoire, ni parce qu'elle se rattachait à un des principes essentiels du régime féodal, mais surtout parce que la doctrine des derniers siècles lui avait trouvé une justification et que les textes de coutumes l'avaient consacrée. Elle n'a définitivement disparu que par suite d'une révolution qui a bouleversé complètement les principes mêmes du droit des personnes et du droit des biens.



# PAOLO DI TARSO

## E LE PRIME INFLUENZE PATRISTICHE SULLA FORMAZIONE STORICA DEL DIRITTO ITALIANO

DI

M. ROBERTI (MODENA)

---

Sulla via luminosa di Damasco, quasi diciannove secoli or sono, nel 35 d. C., cavalcava di ritorno da una missione di strage, spinto da insaziabile odio, un giovane aitante e si affrettava verso Gerusalemme per placare alfine la sua ira contro coloro che avevano rinnegato, per una visione nuova di amore universale, la fede avita<sup>1)</sup>. Quando, egli stesso ce lo racconta<sup>2)</sup>, a guisa di folgore venne, mentre si avvicinava a Damasco, una gran luce dal cielo. Cadde a terra; e al caduto, attonito e confuso, la voce si rivelava per quella del perseguitato Nazzareno che lo rinviava a Damasco e che per mano di Anania gli ridonava la vista perduta e lo rendeva cristiano, avvertendolo che il Dio dei padri suoi lo aveva predestinato ad essere testimonia presso tutte le genti delle cose meravigliose da lui vedute e udite.

Tale la storia di Saulo; di quest'uomo che doveva segnare una nuova epoca nella storia del mondo latino. Figlio di un giudeo che, mentre gli dava, secondo l'uso<sup>3)</sup> anche un arte, che fu quella del tessitore, l'aveva educato nella tendenza più schiettamente

---

<sup>1)</sup> Per una larga bibliografia sull'argomento cfr. NEGRI, *Meditazioni vagabonde* Vol. II a pag. 205 in nota.

<sup>2)</sup> Atti XXII 6—16: cfr. I Cor. XV. 8, II Cor. XII. 2; Atti IX 1—19.

<sup>3)</sup> Sull'argomento cfr. SELIGMANN MEYER, *Arbeit und Handwerk im Talmud*. Inaug. Dissert. Berlino 1878.



israelitica, presso la scuola dal fariseo Gamaliele <sup>1)</sup>, egli porta nella sua missione tutta la vivezza del suo ingegno, la pienezza di uno spirito esuberante che già avevano servito alla difesa della tradizione paterna, per diffondere invece la buona novella.

La concezione che gli balena in quel momento, nel quale la luce, mancata ai suoi occhi, sfolgora nella sua mente, è del tutto nuova e diversa quale l'avevano fino allora pensata i nuovi suoi correligionari. Il Verbo non doveva vegetare per sempre nelle misere lotte della sinagoga, quasi una semplice setta del piccolo mondo giudaico, ma doveva forzare i confini della patria, rinnegando ogni patria, per diventare la forza nuova che dovrà dominare il mondo.

In quello stesso momento nel quale le teorie cristiane elaborate ed illustrate dal nuovo apostolo, poste a contatto del mondo pagano, diventeranno patrimonio della nuova Roma e, attraverso Roma, di tutto l'impero, in quello stesso momento avverrà, appunto per opera di Paolo di Tarso la grande trasformazione del pensiero latino, della vita latina ed anche, come noi crediamo, del diritto, delle consuetudini, del costume del popolo nostro.

\* \* \*

V'ha nello svolgimento storico del diritto italiano un elemento del quale nelle vecchie opere e negli stessi trattati non si trova cenno alcuno: l'azione profondamente rinnovatrice dell'idea cristiana <sup>2)</sup>. Soltanto in questi ultimi anni e solo in talune particolari ricerche <sup>3)</sup>, gli storici più acuti compresero il valore di questa forza nuova che aveva agito profondamente non solo sopra il privato costume, ma anche sopra particolari concezioni di diritto pubblico. Come nelle improvvise lacune, con audace potenza innovatrice, i padri della Chiesa seppero completare il lessico latino, aiutando, come fece

<sup>1)</sup> A Gamaliele, alla sua bella figura, accenna il SEMERIA in *Venticinque anni di cristianesimo nascente* (II ediz. 1905) a pag. 165 e 273. Per la giovinezza di Saulo ibid. a pag. 232.

<sup>2)</sup> Si cfr. sull'argomento le brevi osservazioni nei miei precedenti lavori: *Gli elementi del diritto ital.* in *Studi senesi* e *Riv. di dir. civ.* 1914 e *Le origini romano cristiane della comunione dei beni fra coniugi* 1919 parte seconda cap. quarto dove è ricordata la bibliografia sull'argomento.

<sup>3)</sup> Si veda a pag. 12 dell'ottava edizione del *Manuale di storia d. dir. ital.* del SALVIOLI; cfr. pure, oltre i lavori citati in *Le origini*, BRANDILEONE *Il dir. rom. nella storia del dir. it.* in *Archivio giurid.* 1921.



Tertulliano, la cristianità nella creazione della sua lingua<sup>1)</sup>, così pure nella trasformazione di istituti giuridici già esistenti e nella formazione dei nuovi si afferma la vivacità vittoriosa della nuova corrente.

In tutta l'Europa, ma più che presso le altre nazioni, nell'Italia nostra, centro maggiore di propagazione del cristianesimo, questo elemento assurge a grande importanza.

Specialmente nel quarto e nel quinto secolo, mentre la voce sonora dei Maestri del diritto di Roma sembra affievolirsi, si levano accanto altre voci, non meno robuste, che sopra norme etiche fondamentali plasmano con forza irriducibile una coscienza nuova nella vita latina. Non senza contrasti, incerte dapprima, ma già sicure di sé nei secoli quinto e sesto, dominano alfine nell'indirizzo e nel sistema, riguardo ad argomenti speciali per materia o persone, in tutto il periodo così detto barbarico.

La novità della ricerca ha indotto, come già dissi, gli storici a tener finalmente conto di questo nuovo fattore; ma non di rado la mancanza di una seria e sicura preparazione sulle fonti ha generato deplorabili confusioni e strane deformazioni del pensiero e delle teorie patristiche. Certo è difficile sorprendere quando e fino a qual punto dal primo al quinto secolo l'idea cristiana abbia potuto insinuarsi e trionfare sulle leggi e sulle tradizioni romane. Ma appunto per questo, nello studio dello svolgimento graduale del pensiero e delle dottrine cristiane, bisogna tener presente nell'ordine cronologico la successione dei vari scrittori e delle diverse scuole dalle quali sorge e si svolge lentamente quel complesso di dottrine che saranno il fondamento etico e giuridico del rinnovato mondo pagano.

Quale posto spetta in questo occulto lavoro del pensiero e dell'azione soprattutto all'Uomo che dopo la giornata di Damasco aveva sentito di dover non rinnegare, ma di invertire senz'altro le tradizioni di cultura, di famiglia, di razza; a questa grandiosa figura che domina il mondo occidentale con la potenza del suo spirito e della sua parola?

\* \* \*

Un evidente processo di trasformazione, riguardo a teorie spesso di una certa importanza, si rivela nella storia dell'idea cristiana

---

<sup>1)</sup> L'osservazione è del BARDENHEWER *Patrologia* (ed. it. 1908) pref.



per cui l'insegnamento degli apostoli appare alquanto diverso da quello dei Vangeli e da quello dei Padri della Chiesa <sup>1)</sup>.

In questo processo di trasformazione, Paolo di Tarso occupa certamente un posto centrale.

Ma non si può afferrare e valutare l'originalità del suo pensiero se non si conosce l'ambiente nel quale è sorta la nuova fede; le idee, le scuole più importanti, le varie correnti etiche di quel popolo in mezzo al quale vissero Cristo e gli Apostoli e i primi propagatori del movimento cristiano.

Già da tempo, per il particolare carattere del popolo ebreo, prima ancora della distruzione di Gerusalemme, nuclei più o meno numerosi di israeliti vivevano, senza quasi un diretto rapporto fra di loro e con la madre patria, in altre regioni. Era questa la Diaspora, formata dai dispersi figli di Giacobbe. In Roma stessa forti gruppi di ebrei attendevano ai commerci e alle industrie <sup>2)</sup>, mantenendo pur sempre il carattere etico ed etnico primitivo, ma assorbendo o meglio assimilando, a contatto dei gentili, specialmente dei latini, dei greci, degli egiziani, la coltura, le idee e perfino talune teorie fondamentali. Ad Alessandria fioriva per esempio una scuola di interpreti, con metodi del tutto particolari <sup>3)</sup> e così pure in talune città dell'Asia minore, iniziando quella fusione tra la tendenza ellenistica e il giudaismo, il terreno comune sul quale il Cristianesimo doveva tentare la conciliazione dei due mondi <sup>4)</sup>.

Tale l'ambiente precristiano: da un lato la scuola ebraica pura <sup>5)</sup> e le sette che fioriscono in Palestina e in Gerusalemme, dall'altra

<sup>1)</sup> BAVIERA cit. nelle mie *Origini della comunione* cit. a pag. 162 (1); cfr. pure NEGRI, *Meditazioni vagabonde* a pag. 185; e, pur quanto con riserve, l'ultimo capitolo del MONTEFIORE *Gesù di Nazareth* (ed. Formiggini 1913) e TREZZA *S. Paolo* (1882) a pag. 9. — Sulla questione se l'insegnamento di Paolo sia stato una continuazione di quello del Redentore, oppure si sia egli sostituito con nuove concezioni cfr. la letteratura cit. in HASTINGS *A Dictionary of Christ and the Gospels* (Clark Edimburgo 1913) vol. II a pag. 892.

<sup>2)</sup> TAMASSIA, *Stranieri ed ebrei nell'Italia meridionale* in *Atti Istituto veneto* 1912.

<sup>3)</sup> Sull'importanza della filosofia alessandrina cfr. NEGRI, *Meditaz. vagab.* II, p. 175.

<sup>4)</sup> Sull'argomento cfr. HARNACK, *La missione e la propagaz. del cristianesimo*. Roma 1906 cap. I; sui proseliti ibid. a pag. 7.

<sup>5)</sup> Libera da ogni influsso esteriore cfr. E. RUTA in *La Voce* A. VII n. 8.



le teorie fiorenti nei vari gruppi di ebrei e di proseliti sparsi nella Diaspora. Due tendenze nettamente distinte; da una parte la scuola rabbinica di Palestina, che nelle interminabili discussioni non trovava la forza e l'audacia di innalzarsi al di sopra del pensiero comune e della sterile tradizione dello spirito nazionale.

Accanto ad essa e nel suo seno quattro sette giudaiche dividevano la comunità: quella dei farisei, dei sadducei, degli esseni e la quarta filosofia di Giuda galileo<sup>1)</sup>. Dei farisei anzitutto; la più antica delle sette giudaiche, che solo nel popolo ebreo vedeva l'eletto del Signore, acerrima nemica degli stranieri ed in particolare dei Romani, i figli del peccato, organizzati contro i figli di Dio. Più liberale nella concezione il partito aristocratico dei sadducei non affermava che il popolo ebreo era l'eletto, il puro; ma, con idee più temperate, riteneva che tutti gli uomini, anche quindi i Romani, potevano usare del potere per assicurare la pace del mondo. Giuseppe Flavio, fariseo, rivolge ad essi amare parole<sup>2)</sup>; in realtà questa setta doveva la sua origine dalla trasformazione di un antico partito antinazionale, ellenofilo e materialista che mirava soltanto ad accrescere e difendere le proprie ricchezze. Egoisti gli esseni, seguendo un metodo contemplativo, volevano soltanto la purificazione dello spirito<sup>3)</sup>. Accettando infine le idee dei farisei, spinte alla più assoluta intransigenza, si era formata la setta fondata da Giuda di Gamala galileo, che riteneva ingiusto ogni potere che non derivasse dal popolo eletto.

Alla scuola rabbinica di Palestina ed alle sette giudaiche si contrappongono le tendenze e le idee dei diversi gruppi della Diaspora (formati da ebrei e da pagani convertiti al monoteismo ebraico) e soprattutto le teorie di Filone alessandrino, che rappresenta il nesso fra il pensiero giudaico ed il cristiano. Non, come volle taluno affermare, che lo spirito di Filone abbia formato o influito sopra il sorgere del cristianesimo, poichè questo balza fino

---

<sup>1)</sup> In generale sulle sette ebraiche cfr. l'opera ricordata anche dal Trezza: NICOLAS, *Des doctrines religieuses des Juifs* (Paris 1860; farisei a pag. 77 e seg.; sadducei p. 68; esseni pag. 80) e SEMERIA *Venticinque anni* II ediz. ROMA 1905 a pag. 151.

<sup>2)</sup> GIUSEPPE FLAVIO, *Ant. jud.* XIII 10, 36 e XX 9 § 1. Per la lotta dei farisei contro i cristiani cfr. TREZZA, *S. Paolo*, p. 33.

<sup>3)</sup> G. FLAVIO II, 8, 6.



dagli inizi e si presenta completo in sè stesso. Ma è certo che le teorie filoniane modificarono la concezione giudaica sia nel campo religioso come nel politico e nel giuridico, fino allora grettamente nazionale e formalistica, così da permettere ad un grande numero di greci l'accettazione di dottrine che fino allora erano apparse inconciliabili con le loro tradizioni. Vissuto in Alessandria, la grande città dell'oriente, dove convergevano due mondi, e dove tutte le religioni, i culti e i diritti erano fra di loro in stretto contatto, Filone prepara il pensiero ebreo grecizzante a ricevere le dottrine di Paolo, cosichè la due correnti di Filone e di Paolo ci appaiono strettamente unite.

Pur rimanendo attaccato ai principî della sua razza e alla sua fede, Filone assimila le teorie platoniche, sopra di esse modellando le proprie teorie di individualista religioso, per le quali non è più l'intero popolo ebreo l'eletto che si innalza a Dio, ma è l'insieme di tutti i singoli che osservando la legge nel modo migliore, danno vita ad una nuova comunità, senza distinzione nè di privilegi, nè di razze<sup>1)</sup>. E' vero però che pur sostenendo questo principio generale, Filone si manifesta sempre giudeo, quando egli ammette che mentre le leggi degli altri popoli solo in parte sono buone, la legge di Mosè è l'unica senza difetti, per cui il giudeo è il saggio per eccellenza, è il vero cittadino del mondo<sup>2)</sup>.

Fra questa varie correnti, dominanti sia nella diaspora, sia in Gerusalemme; tra i vari dottori della legge che con le loro dispute continue specialmente sotto quel portico di Salomone, sede comune di tutte le scuole avevano reso insopportabile la norma giudaica, la quale appariva al popolo quale strumento di oppressione da parte di una classe potente, appare sovrana la figura di Gesù di Nazareth, che rinnega i commenti così spesso contraddittori, per ritornare alle pure fonti della legge, di quella legge che egli interpreta, non con le aride forme rabbiniche, ma dettando un'unica norma di amore e di pace per tutta l'umana famiglia.

Non partiti nè fazioni, non difesa dei diritti di un popolo contro

<sup>1)</sup> Cfr. VOLZ *Jüdische Eschatologie v. Daniel b. Akiba* (1903) a pag. 51; HOTLZMANN, N. *Teologie* 2 ed. 1911 a pag. 77; NEGRI, S. *Paolo*, cit. a pag. 177 e 291.

<sup>2)</sup> BERTHOLET, *Die Stellung der Israeliten u. der Juden zu den Fremden* 1906 a pag. 275.



quelli di un altro, bensì l'ampia visione di un regno senza principi terreni, nè sudditi, ma di eguali; tutti figli di un padre che non siede come il Dio mosaico su di un trono di folgori, ma che sta nei Cieli e guarda a tutti come figli suoi.

Questi concetti nuovi e arditi, leva potente di una completa evoluzione sociale, ebbero la forza di attrarre primi fra tutti quegli ebrei che avevano udita dalla voce stessa di Gesù la buona novella e che, senza accorgersi, rinnegavano le loro tradizioni, rompendo l'isolamento della razza e gettando il seme di una società nuova accanto a quelle già esistenti, al greco, al giudeo e al romano.

Ma sia per la mancanza di precisi documenti, ferrei come la legge del Sinai, sia per la difficoltà di far tacere la voce del sangue, questo non avvenne d'un tratto, come comunemente si ritiene. E' qui, proprio in questo momento, che si profila nella sua grandiosità la figura di Paolo di Tarso.

Della predicazione di Gesù, seme fecondo di novelle generazioni, nessun documento era rimasto se non le raccolte dei vangeli sinottici e non sinottici. Difatti soltanto su questi si può ricostruire il suo pensiero; sopra altre fonti una ricostruzione storica della sua vita sarebbe impossibile. Ma gli stessi vangeli, come già accennammo, hanno dei passi che hanno dato origine alle teorie più diverse, quasi contraddittorie e non soltanto per le differenze inevitabili fra il costume locale e il romano o il greco (che ad esempio si delineano in quei piccoli quadri di vita rapidamente segnati nelle famose parabole) ma per l'interpretazione stessa della norma dettata, a voce e non per iscritto, dalla parola di Gesù.

Dopo il primo periodo nel quale gli eletti si radunarono in confidenza fraterna nei segreti convegni e, missionari della buona novella, predicarono in quelle terre di Galilea, che erano state la culla del Vangelo, successe un secondo periodo nel quale raccolti in Gerusalemme, umili come le colombe e cauti come i serpenti, tentarono la diffusione della verità predestinata nei secoli.

Questo avvenne senza ripudiare le forme giudaiche, anzi praticando la vita religiosa della legge antica, nella perfetta comunione fondata sull'eguaglianza morale ed economica, quella eguaglianza predicata da Giacomo <sup>1)</sup>, da quella rude figura di apostolo, nella

---

<sup>1)</sup> GIACOMO, *Lett. catt.* II, 2—4; V, 1—6; cfr. Atti II, 45 e IV, 32—34.



quale rivive tutta la violenza dei profeti antichi rappresentanti dell'ebionismo nel popolo giudeo.

In questo momento, mentre le prigioni accoglievano i primi eroi della nuova fede e vere stragi arrossavano di sangue la terra che aveva sorretto l'albero del martirio sublime <sup>1)</sup>, appare Saulo.

Bene di lui si è detto, che fu una di quelle straordinarie nature che trascendono la razza, la terra, l'età che le accoglie, e da queste condizioni non scaturiscono, ma rimbalzano contro un ignoto segno lontano <sup>2)</sup>.

Natura fiera e diritta, incapace di dubbi dopo di avere accolta la verità d'un tratto a lui rivelatasi, egli rompe audace con ogni tradizione, ponendo nel raggiungere la nuova meta tutto l'ardore del quale era stato capace nel voler raggiungere l'antica.

Soltanto era mutato l'oggetto della sua passione, poiché egli non poteva seguire nella tattica prudente la schiera degli apostoli e dei discepoli, che in Gerusalemme vedevano la Città eletta, il centro della loro azione, la terra che pur rimanendo ebrea doveva accettare la buona novella.

Fermi nell'idea che la nuova legge doveva continuare e non cancellare l'antica, si ostinavano a porre il vino novo negli otri vecchi.

Paolo, dopo il battesimo, rompe ogni legame col giudaismo, e nella lettera ai Romani non si stanca di ripetere che la legge cristiana non può adattarsi ad essere la continuazione della legge di Mosè, la quale ristretta al suo popolo, non può essere la legge dell'umanità <sup>3)</sup>. La missione d'Israele cessa con Paolo, ed è sostituita da un nuovo Verbo, che si indirizza non ai giudei ma a tutta l'umanità, compresi i gentili <sup>4)</sup>. Gerusalemme rimase infatti la città di Pietro e del collegio apostolico, Efeso e Antiochia e tutte le contrade fiorenti dell'Asia minore e infine Roma furono il campo fecondo di messe di Paolo <sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Persecuzioni cfr. Atti VIII, 3; IX, 14 e 21; XII, 4 e 19; Gal. I, 13; e stragi: Atti IX, 1; XXII, 4; XXVI, 10.

<sup>2)</sup> ROSADI, *Dopo Gesù* a pag. 44.

<sup>3)</sup> Cfr. DUCHESNE, *Hist. anc. de l'égl.* ch. III; SEMERIA, *Il pensiero di S. Paolo* cit. a pag. 64 e seg. e Rom. I, 11-13, 25-29; III, 20-29; IV, 13 e seg.

<sup>4)</sup> Cfr. HARNACK, *La missione e la propagazione del cristianesimo* (ediz. ital. Bocca 1906). Intr. cit. a pag. 41.

<sup>5)</sup> Nota giustamente il SEMERIA (*Venticinque anni* cit. a pag. 181 e 192) come il primo che tentò di sciogliere la nuova chiesa da Gerusalemme avvian-



Fra i dubbi e le incertezze inevitabili, la nuova fede doveva scegliere la sua via.

Ma la libertà nella interpretazione della parola di Gesù pose subito di fronte i due massimi apostoli: Pietro e Paolo. Questi nell'universalità immediata dell'idea cristiana ne intravvide l'inevitabile trionfo; Pietro nella propagazione di un cristianesimo giudaizzante affermò lo scopo primo della sua missione.

Paolo era il seminatore dal gesto largo che sparge su tutti i solchi la buona semente; Pietro voleva prima frangere la dura roccia del paese natio e a quella affidare l'avvenire del verbo.

Mentre nella comunità di Gerusalemme già si discuteva se alla circoncisione (vale a dire alla legge e in generale a tutta l'economia mosaica) dovevano assoggettarsi i gentili fattisi cristiani <sup>1)</sup>, Paolo per tre anni dopo la giornata di Damasco viaggiava, in segreto colloquio coi suoi pensieri, per la deserta Arabia e nella lontana Damasco <sup>2)</sup>.

Dopo tre anni di meditazione finalmente egli decideva di conferire con Pietro e accompagnato da Barnaba, suo antico discepolo nella scuola di Gamaliele, si recava a Gerusalemme. Quali discussioni appassionate si ebbero fra i due uomini, animati dalla stessa fede, ardenti della stessa passione?

Noi non lo sappiamo e forse mai lo potremmo sapere. Certo, malgrado l'infuriare dei partiti <sup>3)</sup> e le male arti di taluni discepoli, l'accordo fu concluso con un patto di alleanza e di comune lavoro,

---

dola verso l'occidente pagano fu S. Stefano, il martire di Paolo di Tarso. Forse la parola di Stefano ebbe influenza non tanto sulla conversione di Saulo, quanto soprattutto sull'indirizzo particolare da lui subito assunto? Si noti che Gamaliele stesso, maestro di Saulo, era fautore di una diffusione del giudaismo presso i gentili, il suo insegnamento doveva certo avere effetto sull'allievo (cfr. *ibid.* a pag. 235).

<sup>1)</sup> Sull'argomento cfr. il delicato accenno nell'evangelo di S. Giovanni VII, 23 e Filipp. III, 2; Gal. V, 12; Rom. II, 13, 14, 23, 29. Nell'esaminare questo argomento così interessante, si deve tener conto di tutti i precedenti della questione. Notammo che molti gentili passavano già al giudaismo, come a religione più perfetta. Da principio venivano soggetti alla circoncisione, ma l'uso venne meno in seguito ai noti editti di Adriano e di Antonino Pio. Cfr. HARNACK *op. e ed. cit.* a pag. 7 e ORIGENE *Contra Cels.* II, 13.

<sup>2)</sup> Tre anni secondo quanto egli scrive in Galat. I, 18—24.

<sup>3)</sup> Cfr. MARIANO, *Il cristianesimo nei primi secoli* in *Scritti vari* vol. IV (1902) a pag. 140.



che delimitava a ciascuno dei due apostoli il campo di azione.

Altri quattordici anni stette Paolo lontano da Gerusalemme <sup>1)</sup>, diffondendo con Barnaba specialmente in Antiochia, nel suo vibrante linguaggio, il nuovo vangelo. Ma il diverbio non era ancora composto; rinasceva la questione antica e sempre nuova della circoncisione, per la quale un concilio, che fu uno tra i primi, si tenne a Gerusalemme <sup>2)</sup>. Intervenne Paolo esponendo a favore della sua tesi i risultati della sua missione e le sue idee vennero finalmente accolte e sostenute dall'autorità di Pietro. La disputa pareva quindi risolta, quando intervenne Giacomo minore, proponendo che ebrei e gentili, ambedue iniziati alla nuova fede, formassero tuttavia due classi distinte nelle pratiche e nel costume <sup>3)</sup>. Non più quindi l'unità assoluta, specialmente nelle agapi che riunivano i fratelli, divisi così dalla legge mosaica riguardo all'uso del sangue e delle carni immonde e soffocate.

Lasciò ancora una volta Gerusalemme Paolo, e pressato dal fervore di nuove conquiste passò ad Antiochia, a Listri, ad Efeso, donde dovette fuggire per una porta che ancora addita la tradizione del luogo e dove sorge una moschea <sup>4)</sup>. In queste regioni, conquistate al cristianesimo s'incontrò con Pietro <sup>5)</sup> il quale, riaffermando il suo concetto che si dovesse evangelizzare anzitutto i connazionali, si mostrò talvolta incerto verso i pagani, così da riaccendere l'antica disputa che strappava a Paolo aspre ed amare parole.

Da quel giorno Paolo riprende la sua libertà, più non l'attardano le discussioni e i cavilli, lo attrae ormai la realizzazione del grande sogno <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Gal. II, 7—9.

<sup>2)</sup> Cfr. SEMERIA, *Venticinque anni* cit. a pag. 337. Lett. XIV: La conferenza di Gerusalemme e la disputa di Antiochia.

<sup>3)</sup> La decisione venne comunicata alla Chiesa paolina di Antiochia, Atti XV. 1 e ssg. cfr. 21 e DUCHESNE op. cit. cap. III.

<sup>4)</sup> Atti XIX, 32.

<sup>5)</sup> Gal. II, 11 e ssg.; III, 1 e ssg.; Atti X, 17 e ssg.; XI, 1 e ssg. Cfr. SEMERIA, *Dogma* a pag. 52. Volle taluno ritenere si tratti in questa occasione di un altro Cefa. Cfr. CAPPELLI, *Sulla persona del Cefa* (Milano 1891).

<sup>6)</sup> Nella lettera ai Romani si intravede chiaro il proposito di andare a Roma al più presto. Questa lettera è davvero, come la definì il SEMERIA (*Il pensiero di S. Paolo nella lettera ai Romani*, Roma 1913 pag. 40) un atto di nobile impazienza verso una realtà alla quale Paolo anelava con tutte le sue forze.



Non più Gerusalemme, o Efeso, o Antiochia, ma tutto il mondo rinato per la sua opera a vita nuova; senza più confini di razze, di tempo, di spazio. Al di là del mare, al di là della Grecia, si stendeva la costa africana verso la Spagna e le terre galliche cingenti in una corona l'Italia e Roma eterna.

Fu il caso o fu veramente pensato proposito che diede vita alla vasta concezione paolina? Mentre con Giacomo rimanevano in Gerusalemme i vecchi conservatori sospettosi ed infidi, altri raggiunto Paolo in Corinto lo denunciavano come apostata al proconsole Gallione Seneca, fratello del filosofo<sup>1)</sup>. Cinque anni appresso una nuova tempesta si addensa sul suo capo, ma nello stesso momento nel quale sembrava ai giudei di avere il nemico nelle mani, egli dichiarandosi cittadino romano, si appella a Cesare.

E a Cesare viene inviato.

Dalla Siria naviga verso l'Italia; la nave sbattuta dalle tempeste e dai marosi giunge a Malta e quindi a Siracusa e a Pozzuoli, e per la via Appia arriva finalmente l'apostolo delle genti nella città, centro di tutte le genti<sup>2)</sup>.

Prigioniero o libero qui comincia la sua nuova missione, che dalla stessa casa di Cesare<sup>3)</sup> dal pretorio, si allarga per l'occidente e per l'oriente e si rivolge a tutti, agli umili e ai sapienti, ai greci e ai barbari, ai gentili e ai giudei<sup>4)</sup>. Vecchio egli si chiama e pronto ormai alla morte<sup>5)</sup>, ma alla giornata sua che si chiudeva, dovevano per la fede seguire albe radiose di nuove giornate.

Senza voler arrivare alle esagerazioni di Ferdinando Baur<sup>6)</sup> e della scuola di Tubinga che videro dissidi insanabili, là dove vi era soltanto diversità di apprezzamenti<sup>7)</sup>, noi possiamo affermare che l'istinto di espansione del Cristianesimo, già intuito e riconosciuto da Pietro, si acuisce nella coscienza prodigiosa di Paolo di Tarso. Appena trent'anni dopo la morte di Gesù, egli vide che

<sup>1)</sup> Atti XVIII, 12 e ssg. e SEMERIA, *Venticinque anni* a pag. 367.

<sup>2)</sup> Atti XXVIII, 1 e ssg. e RENAN, *S. Paul* ch. XXI. (Parigi 1869).

<sup>3)</sup> Filipp. IV, 22 e I, 13.

<sup>4)</sup> Rom. I, 14.

<sup>5)</sup> Filem. 9; Filipp. I, 21—24.

<sup>6)</sup> F. C. BAUR, *Paulus der Apostel* (Lipsia 1866), cfr. pure RENAN *S. Paul* cit. e *Les Apôtres* (Parigi 1866), e SABATIER, *L'Apôtre Paul* (Parigi 1881).

<sup>7)</sup> Cfr. SEMERIA, *Dogma* a pag. 59 e *Venticinque anni* a pag. 337 e ssg.



il nuovo movimento per diventare universale doveva passare dalla piccola società ebraica al mondo greco libero e grande, infine al mondo romano. Qui sta l'originalità della sua idea, unire la chiesa nascente all'impero nel centro suo massimo, unire l'impero alla chiesa nascente. Può darsi che prima ancora della sua venuta in Roma <sup>1)</sup> qui fosse già sorta, per opera specialmente dei proseliti pagani attratti dall'alta moralità del monoteismo ebraico, una comunità cristiana, ma è certo però che fu Paolo di Tarso, ebreo, cittadino romano, che intravvide nella grandezza di Roma, nell'essere questa il centro della vita politica dell'umanità, il mezzo primo e maggiore del trionfo della nuova fede <sup>2)</sup>. Ma perchè ciò potesse avvenire era pur necessario che le istituzioni, le idee politiche, le teorie giuridiche di Roma pagana, venissero modificate, ricevessero una impronta del tutto nuova e diversa. Se il Cristianesimo da Roma, capitale del mondo, trarrà ad esempio profitto per modellare la sua gerarchia per diventare sociale <sup>3)</sup> Roma dovrà pur al contatto con le nuove idee modificare a poco a poco la classica e perfetta costruzione delle sue teoriche nel diritto pubblico e privato <sup>4)</sup>.

Certo Paolo vide in Roma non soltanto potente la forza bruta delle armi, ma la forza invincibile del diritto; quel diritto, che pur rispettando i costumi provinciali, era ben noto e bene accetto in tutte le regioni, e che anche nella sua veste pagana incarnava sempre un ideale di giustizia <sup>5)</sup>. L'impero secondo Paolo è l'energia

<sup>1)</sup> SEMERIA, *Dogma* a pag. 30 e 57.

<sup>2)</sup> Giustamente venne osservato come il libro degli Atti abbia per tema principale la diffusione del cristianesimo da Gerusalemme a Roma; è il libro di Paolo, scritto da Luca evangelista, suo indivisibile compagno.

<sup>3)</sup> SEMERIA, *Dogma* a pag. 27.

<sup>4)</sup> Paolo giunge a Roma, quando la città è nel momento più bello della sua vita intellettuale; le scuole filosofiche e giuridiche, come pure la cultura letteraria, vi fiorivano brillanti. Per l'impulso vigoroso datole da Augusto, Roma spande, ben più che Atene, la parola fra le genti. Tra il 56 e il 68 d. G. C. insegnavano diritto in Roma i Maestri più illustri dell'età classica, che nei Digesti ci lasciarono forse soltanto un bagliore della grande luce di sapere: Labeone, Nerva e Proculo; Capitone, Sabino, Caio Cassio Longino. Venne tratto taluno di costoro nell'ambito dell'influenza delle nuove teorie? Forse non ci sarà mai dato di saperlo; nè i testi del primo secolo ci offrono materia, con sapore di novità tale, da poterlo senz'altro affermare.

<sup>5)</sup> HARNACK, *Missione* cit. a pag. 13.



buona che trattiene l'impeto del male contro la nuova fede; è quindi all'impero che il Cristianesimo deve avvicinarsi e sottomettersi, pur non tralasciando l'audace tentativo di modificare le leggi quando queste siano troppo lontane dall'ideale cristiano <sup>1)</sup>.

\* \* \*

Ma come poteva Roma diventare la tutrice del Cristianesimo, se le varie teorie, le varie tendenze prepaoline apparivano più o meno nettamente contrarie all'autorità dello Stato romano? <sup>2)</sup>

È questo il punto capitale dove l'influenza paolina, seguita dalla patristica posteriore, ci si rivela chiaramente nel campo del diritto pubblico. La sua teoria, riguardante l'autorità dello Stato e il fondamento del diritto di punire, e che è così affine al pensiero di Filone, non balza tuttavia d'un tratto bella e formata, ma lentamente si perfeziona, come appare dall'esame delle lettere che rappresentano i vari periodi della sua attività apostolica.

Nelle più antiche, a' quei di Tessalonica <sup>3)</sup>, il pensiero di Paolo risente delle influenze apocalittiche che dominano tutta la chiesa primitiva.

Gesù nel partire aveva detto ai fedeli: Aspettatemi che io ritorni. E di null'altro potevano interessarsi, nessuna altra preoccupazione potevano i cristiani avere: l'unico valore della vita doveva essere per loro la perfetta preparazione al Regno di Dio. Perché attardarsi nell'esaminare le relazioni con lo Stato romano e pagano, se tale studio era del tutto per loro indifferente anzi nocivo, perchè tratteneva l'uomo dalla necessaria preparazione morale al Regno di Dio, al regno della giustizia e della verità?

La resistenza attiva che le varie sette israelitiche, come quella

<sup>1)</sup> Se l'impero sia veramente l'energia buona cfr. HARNACK a pag. 32 e II Tess. 2, 5—7. Cfr. però più innanzi a pag. 117 dove esaminiamo questa lettera in rapporto alle posteriori lettere paoline.

<sup>2)</sup> Qualche accenno nel breve lavoro dell' HOLTZMANN, *Das neue Testament u. d. römische Staat* (Strasburgo 1892) e in SEMERIA, *Il primo sangue cristiano* (Roma 1907) a pag. 36.

<sup>3)</sup> Sull'autenticità delle lettere paoline v' ha vivo dibattito fra gli studiosi cfr. BAUR op. cit. I p. 421, SCHWEGLER, *Das Nachapostolische Zeitalter* (Tubinga 1846) II p. 325. RENAN *S. Paul*, Intr. p. 6 e SABATIER op. cit. a pag. 205 e ssg. — Noi ci soffermeremo specialmente su quelle che la critica moderna concorde ammette per autentiche.



di Giuda di Gamala opponevano, come già accennammo, alla forza dominante del potere romano, si mutava per i primi cristiani in una resistenza passiva<sup>1)</sup>. Il cristianesimo sorgeva con idee prevalentemente escatologiche, specie nel periodo prepaolino, la società pagana si riteneva abbandonata ormai senza rimedio al potere del male, ogni speranza era affidata nella parusia di Gesù che doveva col soffio della sua bocca distruggere il regno presente, per crearne un altro che doveva essere il Regno di Dio.

Ma nel frattempo quali dovevano essere le relazioni fra i cristiani e lo Stato? Assillante era la domanda specialmente in relazione al pagamento dei tributi ed al riconoscimento statutale dell'amministrazione della giustizia.

Una negazione assoluta, rivoluzionaria, malgrado le accuse che i giudei movevano ai cristiani di Tessalonica, non si ebbe mai; certo la resistenza attiva venne sostituita da una indifferenza nel riconoscere la legalità dell'esercizio delle funzioni civili e penali dello Stato romano<sup>2)</sup>, di quello Stato, che secondo le terribili invettive degli apocrifi del vecchio testamento doveva da Dio venire distrutto come fonte di ogni male e di ogni peccato. La tutela dell'ordine giuridico doveva passare ad un altro potere costituito nella società nuova, rinnovata dal sangue del Giusto.

Mentre dominava così l'incertezza, appare Paolo, che fissa e dà impronta particolare al pensiero cristiano. Nelle epistole a quei di Tessalonica ed in quelle indirizzate ai Corinzi, nella posteriore ai Galati e infine in quella ai Romani il suo pensiero si affina e si perfeziona.

Apocalittico ci si mostra nel primo periodo, giusta il carattere della chiesa primitiva, per cui l'unica assidua preoccupazione del cristiano doveva essere il prepararsi, col ritorno di Gesù, al Regno di Dio. È ben vero che nella seconda lettera a quei di Tessalonica nel quadro che Paolo tratteggia del dramma universale che at-

<sup>1)</sup> Cfr. SEMERIA, *Il pensiero di S. Paolo* cit. cap. III e. *S. Paolo e Roma* a pag. 46.

<sup>2)</sup> Cfr. su questo argomento le acute osservazioni del BONUCCI, *Religione e politica* in *Riv. di studi filos. e relig.* vol. II n. 1 § 11 a pag. 25 dove spiega come una delle cause di rivolta dei primi cristiani contro lo Stato doveva essere il desiderio di affrancarsi dal relativo per dipendere unicamente dall' Assoluto. Il cristiano sentiva di non dover dipendere da altri che da Dio.



traverso a lotte terribili, tra il male e il bene, si avvia alla vittoria di questi, egli accenna all'energia buona che trattiene il genio dell'errore contro la nuova fede. In quella forza buona gli antichi e i più accreditati esegeti moderni videro un giudizio benevolo verso l'impero romano <sup>1)</sup>, di recente però il Bonaiuti nell'anticristo, nel genio del male, interpretò non altri che l'impero romano *ἀνομος* privo cioè della legge di Dio, mentre l'energia buona sarebbe costituita da quei saggi provvedimenti improntati a giustizia che ritardavano l'opposizione recisa della comunità cristiana al potere imperiale <sup>2)</sup>.

La chiesa in queste prime lettere paoline riproducendo il pensiero dei primi fedeli poteva fare a meno in ogni modo dell'autorità dello Stato.

Ma nell'epistola ai Corinzi appaiono concetti certamente nuovi. In attesa della parusia del Signore, la Chiesa incominciava ad organizzarsi, ad assumere l'aspetto di una società, di un corpus con diritti propri di fronte a quelli dello Stato. L'apostolo si mantiene ancora indifferente e sdegnoso per ogni atto di un potere privo della sapienza eterna al secolo negata, per cui è bene evitare i tribunali dei peccatori <sup>3)</sup>, cercando giustizia in accordi fraterni. E' illogico che il potere della carne giudichi il potere dello spirito <sup>4)</sup>. Si ha qui ancora l'aperta condanna del potere statale, che cerca imporre alla chiesa dei fedeli con la forza la propria volontà. Subita, ma non accettata, dev'essere; come è subito l'angelo di Satana che tormenta la carne <sup>5)</sup>. Anche se l'impero detta norme di giustizia, non si deve ammirare, perchè anche lo spirito del male si veste talvolta da angelo di giustizia. Il cristiano deve come l'ebreo del V. T. tenersi lontano dall'infedele, nessun contatto deve esistere fra giustizia ed iniquità, fra tenebre e luce <sup>6)</sup>.

Nella lettera ai Galati il pensiero di Paolo ha subito certamente modificazioni profonde. L'aspettato Regno di Dio appariva ai cristiani non come avvenimento prossimo, bensì più o meno remoto; per cui bisognava decidere la linea di condotta che dovevano essi seguire, la posizione loro nel mondo, specialmente di fronte allo

<sup>1)</sup> SEMERIA, *Dogma* a pag. 32 in nota.

<sup>2)</sup> Cfr. più sotto il cit. versetto della I Cor. II, 6-8.

<sup>3)</sup> I Cor. VI, 1-9.

<sup>4)</sup> I Cor. II, 15.

<sup>5)</sup> II Cor. XII, 7.

<sup>6)</sup> II Cor. VI, 14-16.



Stato. Poichè o il cristianesimo sorgeva come una delle varie sette giudaiche, e questo era il pensiero dei nazionalisti giudei, staccandosi anzi insorgendo con uno spirito di rivolta contro lo Stato romano; oppure poteva, staccandosi dal giudaismo, adattarsi all'ambiente romano, vivendo in questo come una delle tante religioni che liberamente fiorivano; oppure poteva formare la società nuova, diversa dall'ebrea e dalla romana, il fertile seme del nuovo mondo.

Quest'ultima fu l'idea di Paolo; che se vedeva nell'impero ancora la potenza della carne, voleva tuttavia staccare la nuova fede dal formalismo giudaico, dalla tradizione, dalla vita stessa del popolo ebreo.

Libertà per i cristiani nella scelta, da che la vecchia legge ormai più non aveva ragione di esistere, ma non poteva venire sostituita dalla legge dell'impero, troppo lontana dal puro ideale di giustizia.

Con l'epistola ai Romani il pensiero di Paolo ha compiuta ormai la sua completa conversione<sup>1)</sup>. Ben venne detta questa lettera l'evangelo paolino, poichè essa racchiude tutta la sua teoria, riassume completo il frutto della sua attività missionaria. Roma era il cervello ed il cuore del mondo, rifluiva ed affluiva ad essa il sangue da tutto il vasto impero; da Roma, donde si diffondeva lo spirito, il costume, la lingua, le leggi latine, doveva, per mezzo della forza stessa di Roma, diffondersi per il mondo la buona novella.

Ai romani rivolge l'apostolo il suo vangelo, ma con questo egli si mette in diretto rapporto col potere imperiale. Cauto e prudente egli accenna più che non nomina: oscuro egli è per noi, ma dovette certo essere chiarissimo per gli iniziati del suo tempo<sup>2)</sup>. Nella lettera a quei di Corinto egli ancora sconsiglia di presentarsi dinanzi ai tribunali pagani, perchè lo Stato di per sè stesso non ha alcun diritto sul cristiano. Eppure, malgrado l'inferiorità morale sua, malgrado lo Stato pagano fosse basato non sulla idea della giustizia, ma sull'ius (iubeo), per cui una classe in realtà ordinava alle altre classi; malgrado il potere fosse accentrato nelle

<sup>1)</sup> Cfr. AROSIO, *La mente di S. Paolo* a pag. 496.

<sup>2)</sup> Sono note le numerose interpretazioni e le divergenze di opinione sopra il cap. XIII, 1—7 della Lett. ai Romani. Del resto si confronti la risposta del Salvatore in Math. XXII, 15—17.



mani di un solo (il principe, che per la sua potenza era considerato pari a Dio), tuttavia quando il potere civile si limitava ad applicare i principî dell'*aequitas*, sulla base dei principî di diritto naturale, accettati universalmente, l'*ius* suo poteva essere considerato legittimo, tanto più in quanto risultava accettato da un atto di libera volontà dei singoli <sup>1)</sup>. Nel caso poi di aperta ingiustizia del potere imperiale, Paolo, non ammise la rivolta, la ribellione, ma la sottomissione e la pazienza. Il male doveva essere vinto dal bene <sup>2)</sup>. Legittima la protesta, obbligatoria la tolleranza <sup>3)</sup>.

Questa costruzione giuridica, accettata più tardi dalla patristica <sup>4)</sup>, non move punto da considerazioni di interesse personale; dal fatto cioè che l'autorità romana non perseguitava da prima i cristiani, ma li difendeva contro i giudei <sup>5)</sup>. Essa è il vertice dell'idea paolina, svoltasi lentamente; la quale nel riconoscimento dell'autorità costituita (senza distinzione alcuna fra lo Stato giusto e l'ingiusto, legittimo o illegittimo) intravedeva il trionfo della fede, che avrebbe lentamente mutato lo Stato stesso da pagano in cristiano. La comunità cristiana, diversamente dalle antiche comunità ebraiche perennemente ostili al potere di Roma, nettamente distinta da questo, doveva avere nell'impero la difesa e la pace. Che importa se più tardi gli orrori della persecuzione neroniana dovevano in apparenza rendere incerta e fare quasi crollare la teorica paolina? L'apostolo dallo sguardo bene acuto, ben più innanzi scrutava: chiusa l'età eroica, intravedeva, come avvenne infatti per opera di Costantino, la vittoria completa della cristianità in Roma eterna.

<sup>1)</sup> In questo caso l'azione del principe, non era dominio, ma semplice ministero.

<sup>2)</sup> Rom. XII, 21.

<sup>3)</sup> ALFORD'S, *Gr. Test.* vol. II in R. XIII, 1—7.

<sup>4)</sup> Fra i Padri che accolsero la concezione paolina cfr. ORIGENE, *Comm. ad Rom.* IX, 24 e *Contra Cels.* VIII, 70.

<sup>5)</sup> NEGRI, *Meditaz.* cit. a pag. 332. Il Negri ritiene che Paolo «sia andato oltre il segno.» Eppure la stessa teorica è sostenuta nella prima Lett. di S. Pietro (II, 13—17 e IV, 15—16) secondo la quale l'autorità dello Stato direttamente deriva dagli uomini, indirettamente da Dio. E i cristiani devono subirla (II, 22 e ssg.) come è meritorio subire il cattivo padrone. Del resto si confronti la stessa risposta di Cristo a Pilato in Giov. XIX, 10—11: „Tu non avresti sopra di me potere alcuno, se non ti fosse dato dall'alto.”



Ma la sottomissione della società cristiana al potere civile di Roma, non è così assoluta da non permettere, secondo il concetto paolino, nello stesso tempo una certa libertà di azione. Esclusa, probabilmente contro il concetto e l'uso romano <sup>1)</sup>, la vendetta privata, perchè l'uomo deve, come è detto nella prima lettera a quei di Tessalonica, soffrire tutti i dolori permessi da Dio al quale spetta la vendetta della colpa, tuttavia il cittadino può esercitare il diritto di rimettersi alla Chiesa, al giudizio dei Santi, quando l'offensore sia pure un fedele. Il privilegio di foro, per cui l'assemblea dei Santi esercita una specie di giurisdizione sopra tutti i suoi membri, si afferma così nel sistema paolino, con effetti tali da produrne delle pene vere e proprie, oppure il perdono del colpevole per un senso di carità, come avvenne nel caso dell'incestuoso di Corinto <sup>2)</sup>. La comunità cristiana, che si era tuttavia sottomessa per volontà sua all'impero, si va organizzando con forme di attività che si potrebbero definire giurisdizionali. „Io vi ho giudicato . . . . essendo radunati nel nome di Cristo Signore.”

Presieduta dagli apostoli l'assemblea poteva radunarsi a giudicare „ad edificazione, non a distruzione” <sup>3)</sup>; data la forma profondamente democratica della comunità primitiva, la sovranità del popolo nella scelta fra il vero e il falso esercitava i pieni suoi diritti. Senza dubbio la Chiesa poteva disporre di pene corporali; la affermazione di Paolo è confermata sia nella Didache, come nella prima lettera di Clemente romano a quei di Corinto.

\* \* \*

Se l'impronta del genio di Paolo appare evidente nel campo del diritto pubblico dove il suo vangelo è la base incrollabile dei futuri rapporti fra il cittadino e lo Stato, altrettanto importanti sono gli accenni che si riferiscono al diritto privato.

Notevole anzitutto è il concetto di *justitia Dei* (così traduce la Volgata la frase originaria *δικαιοσύνη τοῦ Θεοῦ*) espresso per la prima volta da Paolo di Tarso <sup>4)</sup>. Secondo i giuristi romani l'idea

<sup>1)</sup> Cfr. TAMASSIA, *La vendetta* in *Atti R. Ist. ven.* 1920.

<sup>2)</sup> I Cor. V, 1—6. Nella II Cor. II 5—11 si accenna al perdono del colpevole da parte della comunità; atto di carità che si sostituisce alla pena.

<sup>3)</sup> II Cor. XIII, 10.

<sup>4)</sup> Rom. III, 21.



della giustizia, come regola morale di vita, come norma fondamentale nelle relazioni fra gli uomini, è una idea nettamente umana: la *proportio hominis ad hominem*, norma di vita sociale che ha il suo fondamento nella naturale inclinazione verso la bontà e verso l'onestà. Se non vi fosse questa norma la società non potrebbe vivere e costituirsi; quindi la norma, che nasce dal concetto di giustizia riposa su di un criterio di convenienza sociale. L'utilità è fonte di giustizia, se l'atto ingiusto in sè non porta al privato cittadino o alla collettività un danno, cessa per questo di essere ingiusto.

L'idea paolina di giustizia è ben diversa. Poichè tutta la vita morale dell'uomo considerata in sè stessa, o nei rapporti coi propri simili riposa sopra un principio superiore, sacro, invulnerabile, nelle relazioni con l'Assoluto, non è il vantaggio o il danno che si reca alla società con l'osservanza o la violazione della legge che fa sorgere l'idea di giustizia, ma la convizione che vi ha un elemento divino nella concezione del giusto e nella differenza coll'ingiusto.

Il concetto divino e cristiano della giustizia è profondamente diverso dal concetto pagano e umano che informa la legislazione romana e gli scritti dei maggiori giuristi.

Grandeggia e rifulge difatti in Paolo, come del resto in tutta la tradizione e nelle fonti ebraiche, fra gli attributi di Dio la giustizia, come parte della sua essenza, come ipostasi della sapienza. A questo attributo è improntata tutta la sua azione verso l'uomo. E poichè la pena e la remunerazione dell'opera umana si attuano secondo il principio della giustizia eterna, a questa devono essere improntate tutte le umane azioni, senza eccezione alcuna. Questi principî affermati per la prima volta riguardo al cristianesimo da Paolo, per cui a buon diritto Clemente proclama l'Apostolo „maestro di giustizia sino all'estremo confine del mondo” <sup>1)</sup>, esercitarono una profonda influenza sulla patristica posteriore e sullo stesso movimento legislativo <sup>2)</sup>.

Per quanto la società cristiana a prima vista appaia impron-

<sup>1)</sup> Lett. I, 5.

<sup>2)</sup> Cfr. RICCOBONO in *Riv. di dir. civ.* 1911 n. 1 a pag. 48 (*Aequitas*): „Il contrasto fra l'*equità* classica e quella giustiniana è sensibilissimo”. Cfr. i molti esempi tratti dal *Digesto*, *ibid.* a pag. 49.



tata ad uno schietto individualismo, così da far dimenticare ogni vincolo perfino di sangue pur di raggiungere la salvezza eterna, in realtà il rapporto sociale si afferma così nel più alto grado <sup>1)</sup>. La nuova inaudita affermazione che suona come obbligo sacro per tutti gli uomini: ama il fratello tuo come te stesso, verrà da Paolo confermata ed estesa, estesa senza confini di nazionalità, di posizione sociale, di vincolo familiare. Le audaci espressioni di Paolo nella lettera ai Romani che esaltano nell'eguaglianza l'amore <sup>2)</sup> suggeriranno ad Origene l'ardente frase, che più tardi Dante porrà in bocca a Francesca dolente: „a nessun uomo è dato non amare perchè tutti siamo amati”.

Come dal Vangelo si vede traboccare possente l'amore di Gesù verso gli uomini, così pure dalle lettere paoline l'amore, quale carità feconda, ben diverso dal freddo egoismo caratteristico della vita e delle leggi romane, si irradia potente <sup>3)</sup>. Una fonte pagana contemporanea afferma con un senso di aperta meraviglia che i seguaci di un certo Cresto morto in croce „si considerano tutti come fratelli <sup>4)</sup>; fra di loro tutto è comune, nè badano a sacrifici, nè a privazioni per aiutarsi scambievolmente”. Ma lo scrittore pagano aveva intravvisto solo il lato più appariscente, ma meno profondo del problema risolto dal cristianesimo. Nelle lettere di Paolo ben altre frasi si leggono; il cuore dell'umanità palpita nel suo cuore quando egli afferma la necessità naturale della fratellanza di tutti gli uomini perchè eguali nella colpa, perchè eguali nel diritto alla misericordia divina <sup>5)</sup>. Regna il peccato nel mondo,

<sup>1)</sup> Cfr. ORIGENE, *Comm. ad Rom.* IX, 31 e XII 8-9.

<sup>2)</sup> IX, 31 e XII 8-9 ecc.; cfr. Cor. XIII, 1.

<sup>3)</sup> Si vedano le belle osservazioni del RICCOBONO in Riv. cit. a pag. 41.

<sup>4)</sup> L'amicizia fu la base delle scuole filosofiche greche; anche Seneca aveva proclamato la necessità morale della giustizia; ma per i cristiani non bastava l'espressione *οἱ φίλοι*, occorreva un'espressione più affettuosa e si chiamarono infatti *οἱ Ἀδελφοί*.

<sup>5)</sup> Rom. II, 32-36. Interessante su questo punto è l'accento di S. Paolo alla Chiesa considerata come „corpus mysticum” i cui beui spirituali sono elargiti a tutti i fedeli: „Ora voi siete il corpo di Cristo e siete membri scambievolmente l'uno dell'altro” (I Cor. XII, 25-27); „Noi che siamo molti, formiamo un medesimo corpo in Cristo e ciascuno di noi è membro l'uno dell'altro (Rom. XII, 5); queste espressioni sono certamente la prima manifestazione di quelle teorie, che potrebbero avere con esse un diretto rapporto, svolte molto più tardi



appunto perchè il Creatore ha voluto innalzare tutti ad un ideale unico di perdono, di amore, di fratellanza. E dinanzi a tale rivelazione Paolo quasi stupito per la grandezza dell'alto concetto, scioglie un inno alla sapienza divina.

Quale ripercussione dovevano avere queste teorie certamente nuove e in diretto contrasto col costume corrente sopra le perfette costruzioni dei giuristi romani?

La teoria individualistica nel diritto privato che impera in ogni e qualsiasi manifestazione giuridica nelle fonti romane, doveva cedere a poco a poco, sotto la pressione delle teorie nuove bandite da Paolo, ad un concetto sociale ben più largo e più umano <sup>1)</sup>.

L'eguaglianza assoluta di tutti gli uomini: „Non vi ha più nè ebreo nè greco, nè schiavo nè libero, nè uomo nè donna, ma tutti siete una sola persona in Cristo” <sup>2)</sup>, doveva avere una ripercussione sopra l'esistenza stessa della schiavitù. E' vero, in quell'istesso scritto indirizzato a Filemone, col quale Paolo rimanda al padrone lo schiavo convertito e dove spira uno squisito sentimento di fratellanza umana, il rapporto di schiavitù viene riconosciuto e rispettato <sup>3)</sup>. Cristo non insegnò infatti mai la rivolta, ma la rassegnazione; questa doveva però essere accettata volontariamente, non imposta. Per ciò Paolo, rivolgendosi allo schiavo, esclama: „Se puoi diventare libero, preferisci restare schiavo, perchè lo schiavo, chiamato al Signore è liberto del Signore” <sup>4)</sup>. Ma chi potrà mai immaginare, l'ansia, il fremito che dovette correre nelle turbe innumerevoli degli schiavi che, al pari dei servi della gleba — gli am Aretz della Giudea — primi risposero all'appello del mondo pagano, al sentire confermata dall'apostolo delle genti che sulla croce come uno schiavo era morto colui che avrebbe finalmente inaugurata una nuova era di giustizia e di eguaglianza sociale, per cui liberi e schiavi dovevano essere

dai canonisti dopo S. Agostino (*Tract. 65 in Ioan. 2*) da S. Pier Damiano (cfr. TAMASSIA, *S. Pier Dam.* in *Atti Ist. ven.* 1906) a Sinibaldo de'Fieschi (cfr. RUFFINI, *La classificazione delle pers. giur.*). Cfr. pure SEMERIA, *Dogma* a pag. 243.

<sup>1)</sup> Qualche accenno in SOLARI, *L'idea individuale ecc.* (1911).

<sup>2)</sup> Gal. 4, 27—28; cfr. Coloss. 3, 11.

<sup>3)</sup> Cfr. lo studio in NEGRI, *Il cristianesimo e la schiavitù in Meditazioni* II, p. 348 e ibid. p. 167, cfr. pure AROSIO, *La mente di S. Paolo* a pag. 413.

<sup>4)</sup> I Cor. 7, 21.



avvinti da un vincolo fraterno? Poichè mentre Paolo predica l'obbedienza e la sottomissione, egli rigetta l'idea dell'annullamento pagano della personalità giuridica dello schiavo<sup>1)</sup>. Questo è il punto capitale della dottrina paolina, profondamente contrario alle tradizioni e alla legge romana.

Dove però le teorie paoline dovettero maturare quale lievito fecondo fu certamente nei rapporti famigliari.

Cristo, è vero, aveva condannato il disamore e l'adulterio; con la sua stessa presenza aveva santificata la famiglia ebraica; ma nessun accenno vi ha nei vangeli, riguardo alla leggi, ai costumi, alla vita romana.

Paolo affronta per il primo il complesso problema; egli aveva ben veduto le miserie, la corruzione della Città pagana, dove le famiglie si formavano e si disfacevano ad arbitrio, dove la donna univira era l'eccezione ben rara. Eguaglianza e unione strettissima nel matrimonio, non ancora innalzato alla dignità di sacramento ma già considerato quale *mysterium*, dovevano rendere perfetta la vita coniugale<sup>2)</sup>. E'una concezione nuova, del tutto opposta alla dominante idea del mondo pagano; per essa il pater doveva discendere dal concetto antico, perdere quell' aureola di potenza e di superiorità, mentre la donna s'innalzava accanto all'uomo, sposa e madre, *socia et uxor*. Di fronte all'idea poligamica, più o meno larvata con l'uso della concubina, come rifulge nell'insegnamento di Paolo alla comunità di Efeso, la dolce figura della prescelta, della casta, della purissima, che col marito divide il reciproco dovere della fedeltà coniugale!

Come parte di sé stesso, con quell'affetto intenso col quale Cristo amò la sua Chiesa fino al sacrificio cruento, l'uomo deve

---

<sup>1)</sup> Per l'eguaglianza fra padroni e servi cfr. i passi in Coloss. I, 13 e III, 11, in Galat. III, 26, 27 e IV, 6—7; in Efes. III, 14—18. Non abolizione della schiavitù, ancor reputata necessaria dato l'ordinamento sociale pagano; ma trattamento fraterno, come tra libero e libero. Il lavoro è imposto a tutti, ai servi e ai padroni, ma varia secondo la condizione sociale: „Ognuno rimanga presso Dio nella condizione nella quale è stato chiamato". I Cor. VII, 20.

<sup>2)</sup> Gal. III, 28. Abbiamo trattato largamente questo tema nel lavoro: *Le origini romano cristiane della comunione dei beni fra coniugi* 1919 Estr. *Studi senesi* a pag. 162 e ssg. Cfr. ibid. la bibliografia relativa, agginugendovi AROSIO, *La mente di S. Paolo* (1893) a pag. 394 e 636.



proteggere la sua donna, aiutarla, sacrificarsi per lei <sup>1)</sup>. E l'ardente espressione di Paolo, rinnovante quale fermento fecondo la società romana, resterà non solo consacrata nelle fredde espressioni delle leggi, ma nell'intimo della coscienza di tutti i popoli civili.

Nè si limita a questo il vangelo di Paolo. „Figlioli, egli afferma, ubbidite ai padri ed alle madri; padri non provocate ad ira i vostri figlioli affinchè non vengano meno nell'animo” <sup>2)</sup>. Non è più dunque il pater un piccolo signore nel piccolo suo regno, dove la sua volontà è sovrana nel disporre degli averi e perfino della vita dei componenti la famiglia; al timore paterno è subentrato l'amore; non nell'interesse del pater dura la potestas sua, ma soprattutto per l'interesse, per il bene dei figli.

Altre considerazioni potremmo trarre dalle lettere di Paolo riguardo alla separazione, ammessa sí, invece del divorzio, ma soltanto in via eccezionale. „Se il tuo consorte è infedele, continua ad abitare con lui, dalla tua presenza egli sarà santificato, e i figli invece di essere immondi, saranno santi”.

E' il sacrificio consumato fino all'eroismo, che ci darà più tardi le dolci figure di Fabiola e di Monica e di molte matrone così perfette da sopportare per l'unità della famiglia l'ingiusta ingiuria <sup>3)</sup>.

Lo stesso regime della proprietà <sup>4)</sup>, l'uso della ricchezza, e in rapporto a questa la questione sociale pur sempre viva e ardente, trova in Paolo accenni oltremodo originali. L'uomo che in certi momenti appare quasi unico attore nel dramma che ha per sfondo l'umanità intera, ci si presenta con pensiero largo come un filosofo antico, audace come un pensatore moderno.

<sup>1)</sup> Ephes. V, 22—25; 31—33. Cfr. *Le origini* cit. a pag. 174.

<sup>2)</sup> Colonn. III, 20—21. Cfr. *Le origini* a pag. 163 e AROSIO op. cit. a pag. 403. Espressioni riportate e commentate dalla patristica, da Origene (*In Laevit. XI* e *In Numeros XXIV*, 3) fino ai più recenti.

<sup>3)</sup> Cfr. la Lett. I di S. Pietro III 1—5, dove però ci sembra prevalga il concetto della sommissione della donna al marito, più che quello dell'egualianza fra coniugi, affermata da S. Paolo I Cor. VII, 3—6.

<sup>4)</sup> Due tendenze, com'è noto, più tardi si osservano nella patristica riguardo alla proprietà individuale. Giustino martire, Tertulliano, Cipriano (*De op. et elem.* 25) si mostrano contrari ad essa e distinguono l'uomo ordinario dal vero cristiano; più tardi tale concezione viene meno (Cfr. CARLYLE, *Hist. of medieval political theory*). Si veda pure CLEMENTE ALESSANDRINO *Quis dives salvetur* 5; il PASTORE DI ERMA; ORIGENE, *Comm. ad Rom.* IX, 25 e S. AMBROGIO, *De off.*, 1, 28, 135.



Iddio nella sua giustizia, pur permettendo le differenze sociali, non poteva e non può volere una parte degli uomini nella miseria, altri nella ricchezza. Per conciliare la realtà col concetto superiore della giustizia divina, Paolo afferma che i ricchi non sono proprietari assoluti dei loro beni, ma solo amministratori della parte esuberante delle loro sostanze a favore dei poveri <sup>1)</sup>. Sia porgendo loro aiuto, sia offrendo loro lavoro, la classe degli abbienti deve prodigarsi a favore delle classi reiette; comunicazione quindi, non estinzione della proprietà privata <sup>2)</sup>. Nessun ricco deve ritenersi padrone assoluto dei propri averi, così da sperperare le ricchezze avute da Dio, ma pur sempre incerte nella loro esistenza <sup>3)</sup>. La società nuova doveva avere per norma sua fondamentale non la proprietà, ma il lavoro, inteso come somma dei diritti e dei doveri verso la collettività. Legittima conseguenza di tali premesse, l'obbligo di eliminare gli elementi parassitari e l'eguaglianza dei liberi e dei servi. La sua espressione che vivrà nei secoli e intorno alla quale fioriranno le discussioni <sup>4)</sup>: „Chi non lavora non mangi <sup>5)</sup>” trova nella sua figura apostolica il migliore dei commenti. Noi lo vediamo vecchio ormai, curvo, a Corinto ed a Roma, sul telaio del tapezziere per guadagnarsi il quotidiano sostentamento e lo vediamo agitatore d'anime, suscitatore di meravigliose energie, quando lasciato il lavoro manuale si eleva a predicare il suo vangelo.

\* \* \*

Avrei finito se non dovessi rispondere ad una domanda legittima. Sì, è vero: il pensiero di Paolo è nuovo, è originale, segna

<sup>1)</sup> I Timot. VI, 17—19; Rom. XIII, 13. Il periodo del comunismo spontaneo, libero, e per quanto degno di lode, tuttavia non obbligatorio, era ormai oltrepassato; di esso non vi è cenno nelle lettere paoline, probabilmente perchè le speranze in un pronto ritorno di Gesù erano svanite. Cfr. SEMERIA, *Venticinque anni* a pag. 126, 132 e 143.

<sup>2)</sup> Si confr. le espressioni di S. Giacomo contro i ricchi che non pagano la giusta mercede. GIACOMO, V, 1—4.

<sup>3)</sup> Si vedano le osservazioni del FARNARI nella sua *Vita di G. C.* (Firenze 1893 a pag. 40) riguardo alla differenza fra il concetto romano classico e il concetto cristiano di proprietà. Cfr. pure RICCOBONO cit. in *Riv. di dir. civ.* 1911 I a pag. 51.

<sup>4)</sup> SEMERIA, *Venticinque anni* a pag. 10.

<sup>5)</sup> II Tess. III, 10—14; Efes. IV, 28; I Tess. IV, 11—12.



un indirizzo del tutto diverso da quello dominante nel mondo latino del primo secolo. Ma quale diretta influenza può avere egli esercitato sulla formazione del diritto italiano? Poichè i primi accenni di una decisa influenza della patristica sulla legislazione romana non si avvertono che sulla fine del quarto e sul principio del quinto secolo.

Ma non dobbiamo dimenticare due fatti di una eccezionale importanza. Anzitutto che prima ancora che sulla legislazione imperiale, le teorie patristiche influirono profondamente sul costume. Roma e l'Italia avevano già accolto le nuove idee, si mostravano ormai cristiane nella maggioranza del popolo nei vari suoi gradi, e le leggi pagane ancor mantenevano, almeno nell'apparenza, la loro efficacia.

Ora chi può dire quale influenza decisa aveva potuto in Roma stessa esercitare l'ardente parola di Paolo, sul costume, prima ancora che sulla fredda espressione di legge?

Ma vi ha di più. Ammesso ormai che davvero dopo il terzo secolo si mostra sempre più vivace l'accettazione nelle leggi imperiali delle teorie patristiche, è veramente impressionante il lavoro esegetico compiuto, nel periodo precedente l'età barbarica e nel posteriore, dalla patristica sulle fonti paoline. Io ritengo poter affermare senza contrasto, che neppure i vangeli nè le lettere di Pietro, nè quelle pur ardenti di Giacomo, nè le altre fonti dell'età apostolica suscitarono un'eco così profonda in tutti i cuori, in tutte le menti. Gli scrittori più illustri da Origene a S. Ambrogio, ad Agostino; tutti i padri delle chiese orientali e di occidente attingono lume e forza dal vangelo di Paolo; esso è la luce viva che risplende nei secoli e che, resa più vivace e più ardente attraverso la parola dei suoi commentatori, segna sicuro il cammino all'umanità <sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Per avere una giusta idea dell'influenza esercitata dal pensiero di S. Paolo sulla patristica basti osservare il grande numero di commenti e di trattati sulle lettere paoline e le citazioni frequentissime, sino dai tempi più antichi. Ricordano qui alcuni di questi commenti sull'edizione del Migne; S. VICTORINUS, *Comm.* in MIGNE, vol. V, 301; S. AMBROSIIUS, *Comm.* XVI, 45; HYLARIUS DIACONUS, *Comm.* XVIII, 63; PELAGIUS HERET. *Exp.* XXI, 1165; S. JERONIMUS, *Comm.* XXVI, 307; S. AUGUSTINUS, *Exp.* XXXV, 2063, 2087, 2105; XXXVIII, 814; XL, 60; PRIMASIUS, *Comm.* LVIII, 417; CASSIODORIUS,



Se noi quindi vogliamo studiare le prime tracce dell'influenza patristica, di questo fattore fondamentale nella formazione del diritto italico, noi non dobbiamo dimenticare questo eroe del pensiero, sensibile come una madre, generoso come un martire, quest'uomo che vide terminata la sua missione quando dalle terre della natia Galilea, attraverso la Grecia potè alfine portare, ardito e instancabile alfiere, il verbo rinnovatore a piè del Campidoglio, in Roma, la gran Madre nei secoli immortale.

---

*Compl.* LXX, 1321; *ALCUINUS, Tract.* C. 1007; *SEDULIUS SCOTUS, Coll.* CIII, 9; *CLAUDIUS TAURIN., Praef.* CIV, 839, 841, 911; *RABANUS MAURUS, Enarr.* CXII, q. 711; *HAYM. HALBEST, In ep.* CXVII, 561; *FLORUS DIAC. Expos.* CXIX, 279; *ATTONE, Exp.* CXXIV, 125; *B. LANFRANCUS, Comm.* CL, 101; *S. BRUNO CARTH. In ep.* CLIII, 9; *HUGO A S. VICT. Quaest.* CLXXV, 919; e poi Abecardo, Guglielmo abbate, Pietro Lombardo, S. Bernardo, Riccardo di S. Vittore ed altri moltissimi.



## COMMUNICATIONS.

---

Le Ve Congrès International des Sciences Historiques se réunira à Bruxelles, en 1923, sous le haut patronage de Sa Majesté le Roi des Belges.

Sur la proposition de la *Royal Historical Society* de Londres, les historiens belges se sont chargés de l'organisation de ce congrès.

On se souviendra que les Congrès précédents ont eu lieu à Paris (1900), Rome (1903), Berlin (1908), Londres (1913).

Le Ve Congrès aura lieu à Bruxelles en 1923, pendant les vacances de Pâques, du 8 au 15 avril.

Le Comité organisateur espère ne pas faire appel en vain aux concours individuels des historiens étrangers. Il est d'autre part fermement convaincu que les Académies, Universités et autres corps savants tiendront à se faire représenter à Bruxelles en 1923.

Cette conviction ne paraît pas téméraire quand on songe à l'intérêt que présenteront les travaux mêmes du Congrès. Elle paraît d'ailleurs d'autant plus justifiée que la Belgique possède d'extraordinaires richesses artistiques et archéologiques, et sur son sol, des témoins particulièrement nombreux d'un passé que les événements des dernières années rendent plus émouvant encore.

Le Comité organisateur se compose de nombreux savants choisis parmi tous les groupes des historiens belges.

Ce Comité a composé le Bureau comme suit:

*Président:* M. H. PIRENNE, Professeur à l'Université, 126 rue Neuve St. Pierre, Gand.

*Vice-Présidents:* R. P. DELEHAYE S. J., Président de la Société des Bollandistes, 22 Boulevard St. Michel, Bruxelles.

M. F. CUMONT, Professeur honoraire de l'Université de Gand, 19 Corso d'Italia, Rome.

*Secrétaire-Général:* M. G. DES MAREZ, Professeur à l'Université, Archiviste de la Ville, 11 Avenue des Klauwaerts, Bruxelles.

*Trésorier:* M. CH. TERLINDEN, Professeur à l'Université de Louvain, 61 Avenue Legrand, Bruxelles.

*Secrétaire:* M. F. L. GANSHOF, Docteur en Philosophie et Lettres, 12 rue Jacques Jordaens, Bruxelles.

Sous réserve de création ultérieure d'autres sections, le Congrès comportera les sections suivantes:

- I. Histoire de l'Orient.
- II. Histoire grecque et romaine.
- III. Etudes byzantines.



- IV. Histoire du Moyen Age.
- V. Histoire moderne et contemporaine (y compris l'Histoire coloniale).
- VI. Histoire religieuse et ecclésiastique.
- VII. Histoire du Droit.
- VIII. Histoire économique.
- IX. Histoire de la Civilisation (philosophie, sciences, conceptions politiques et sociales, enseignement etc.).
- X. Histoire de l'Art et Archéologie (y compris la Préhistoire).
- XI. Méthode historique et Sciences auxiliaires de l'Histoire (y compris la Géographie historique).
- XII. Documentation sur l'Histoire du monde pendant la guerre.
- XIII. Archives et Publications de textes.

Le Comité fera parvenir ultérieurement tous les renseignements utiles concernant l'affiliation au Congrès, son organisation, son ordre du jour etc. Le montant de l'adhésion a été fixé à 50 francs belges à verser, de préférence, au *Compte chèque postal n<sup>o</sup>. 79428*, au nom du *Congrès international d'Histoire — Bruxelles*.

Le Secrétariat se tient dès à présent à la disposition des intéressés pour leur fournir toutes les indications qu'ils jugeraient nécessaires.



# ÉTUDES SUR LA GABELLE DU SEL AVANT LE XVII<sup>E</sup> SIÈCLE EN FRANCE.

PAR

ED. MEYNIAL (PARIS).

---

Le sel était en Languedoc une denrée dont le roi tirait déjà profit, à titre de seigneur producteur, avant l'établissement des gabelles. Il était en effet depuis fort longtemps propriétaire du salin de Carcassonne et nous savons qu'à la fin du XII<sup>e</sup> s. il avait même acheté le salin bien plus considérable du Peccais auprès d'Aigues-Mortes. Son droit seigneurial lui permettait d'imposer à la région avoisinante la consommation du sel qu'il produisait: c'était une banalité. De ce chef, il exerçait sur la circulation et la vente du sel dans la région du salin une surveillance dont l'organisation se rapprochait de celle des droits d'aides et dont le produit était souvent affermé. L'existence d'un droit sur le sel d'une forme différente de celle usitée dans le Nord devait naturellement ralentir dans sa marche l'établissement d'un régime analogue à celui qui était en vigueur dans les pays de grande gabelle et qui comportait le monopole de la vente au profit du roi et la concentration du sel dans des greniers où il était entreposé. L'ordonnance de 1342 et celle qui l'a précédée statuent bien pour „tout notre royaume”. Les lettres de 1341 envoyées au sénéchal de Beaucaire et dont je parlerai plus loin prescrivent bien en Languedoc, comme au Nord, la réquisition au nom du roi de tout le sel de la sénéchaussée, mais à l'user on s'aperçut vite que la situation n'était pas la même que dans le Nord et ne permettait pas de suivre immédiatement les mêmes errements. Le sel y était une denrée bien plus répandue, dont la production et le commerce



faisaient vivre toute une population côtière qui laisserait difficilement accaparer son produit; cette denrée était si abondante que sa fuite devant un impôt mal établi devait être facile. Et si l'on voulait néanmoins la saisir tout entière, la quantité produite était si supérieure aux besoins de la consommation normale de la région, qu'on s'engageait par là même à en faciliter et à en régler d'une façon satisfaisante l'exportation et la vente au dehors. Aussi la gabelle et surtout les greniers rencontrèrent-ils au début des résistances vives et tenaces, d'autant mieux que les organismes locaux, les Etats de la province, étaient ici bien plus puissants qu'au Nord.

Aussi l'histoire de l'établissement des gabelles en Languedoc est-elle plus complexe et plus indécise qu'ailleurs. On y peut distinguer comme trois étapes successives avant le XVI<sup>e</sup> s. Dans la première qui va jusqu'en 1411, on lutta, avec des alternatives de progrès ou de recul, pour arriver à faire accepter le principe même des régions septentrionales que tout le sel produit en Languedoc doit être „*mis en la main du roi*”, c'est-à-dire que c'est par l'intermédiaire du roi ou de ses agents, ou au moins sous leur surveillance, que toute première vente de sel ou tout enlèvement doit-être conclu ou accompli: c'est ce principe que l'ordonnance de 1411 consacre. La surveillance s'exerce à cette époque surtout *sur le salin* où le sel séjourne en attendant sa vente.

Puis le principe accepté et le roi investi, du consentement général de la province, du droit de contrôler, où qu'elle ait lieu, la vente originaire du sel et de celui de le gabeller à ce moment, on s'attacha à en réaliser de plus en plus étroitement l'application. Comme la vente sur le salin rendait la fraude facile et fréquente, on développa les „greniers” qu'on avait commencé à créer déjà avant 1411 et qui existaient au Nord depuis le début des gabelles. Mais on n'osa pas encore rendre leur intermédiaire obligatoire. En outre comme les greniers se superposaient aux usages antérieurs et à tout le laisser-aller du salin producteur sans les supprimer, le fonctionnement des greniers fut d'abord sans rigueur; de graves abus s'introduisirent que le Nord n'avait pas connus et malgré les efforts de la royauté, le produit des gabelles tomba à rien.

C'est alors seulement qu'on arriva à se rendre compte qu'il fallait de toute nécessité obliger tout le sel à passer par le grenier et contraindre le grénétier à le prendre en charge et à en *tenir*



*une comptabilité rigoureuse.* C'est seulement l'ordonnance de 1453 qui décida que „*tout le sel doit être MIS et DESCENDU PAR COMPTE dans les greniers*”, même celui des privilégiés. Mais il fallut toute la seconde moitié du XV<sup>e</sup> s. pour traduire en pratiques efficaces le principe de l'ordonnance de 1453. C'est à quoi se sont attachés les six derniers textes législatifs qui s'échelonnent de 1497 à 1501.

L'histoire de l'établissement des gabelles en Languedoc, qui constitue le centre de ce travail, doit être en outre précédée de quelques remarques sur la situation des producteurs de sel et les droits qui leur ont été concédés pour les dédommager de la perte du droit de libre vente qui leur appartenait à l'origine. Et il importe de la compléter en déterminant les régions voisines auxquelles la royauté a successivement imposé la consommation du sel de Languedoc.

#### I. LA PRODUCTION DU SEL.

Dans le Languedoc, la production du sel est assurée, en dehors du salin de Salies du Salat, qui fournit le pays de Comminges et les jugeries des Rivières de Rieux et de Verdun <sup>1)</sup> à l'ouest de la Garonne, par deux groupes de salins : celui de la Sénéchaussée de Carcassonne ; celui de la Sénéchaussée de Beaucaire, où la plus importante exploitation est celle du Peccais, près d'Aigues-Mortes. Il faut ajouter qu'à l'est de ces derniers se trouvaient les salins de Provence qui comptaient eux mêmes deux groupes : celui des rives du Rhône avec les salins de la Vernède et de Notre-Dame de la Mer, et ceux de l'Est avec les salins de Berre, d'Hyères et de Badon ; à l'ouest du Languedoc, le salin le plus proche était celui d'Agen qui fournissait peut être à l'origine les pays de la rive gauche de la Garonne. Le régime de chacun de ces groupes reste assez peu connu dans le détail. Pourtant, chacun devait obéir pour son exploitation aux règles générales qui gouvernaient, à cette époque, la propriété immobilière en France. Je veux dire que l'exploitation du sel, comme celle de tout autre fonds de terre, était, ou bien concédée par le seigneur à des „propriétaires” ou „laboureurs du sel” qui étaient investis du domaine

---

<sup>1)</sup> L'ordre du 6 janv. 1497 laisse supposer que les jugeries consumaient surtout à cette époque du sel d'Aragon et de Béarn dont elle proscriit l'entrée.



utile, pourvoyaient à l'aménagement et à l'entretien du salin, faisaient la cueillette du sel à leur profit, sous la charge d'une redevance annuelle, part en nature ou en valeur du produit, qu'ils donnaient au seigneur titulaire du domaine direct; ou bien assurée par de petits propriétaires alleutiers qui ne relevaient nominale-ment que du souverain. Après la récolte, chacun des divers ayants-droit vendait sa part dans le sel recolté à son gré, comme toute autre denrée. C'est le régime que nous voyons établi peut-être dans la région de Carcassonne, certainement dans celle du Peccais et en Provence. C'est pour le Peccais que cet état de choses est le mieux connu. Une ordonnance du XV<sup>e</sup> s.<sup>1)</sup> attribuée au roi, successeur des seigneurs d'UZÈS, à qui il a acheté le salin en 1290, le droit à la septième partie du sel qui y est produit (*septem*) et, en outre trois deniers tournois sur chaque muid de sel produit au salin. Cette redevance en nature, le roi avait pris anciennement l'habitude de l'affermir, et c'est ce bail à ferme qui donna lieu à la réclamation adressée au Conseil du Roi par l'Italien FRANÇOIS JONTE, en 1359<sup>2)</sup>. Il en était de même dans les salins voisins de Provence qui étaient encore, au XV<sup>e</sup> s., sous la souveraineté du

<sup>1)</sup> Ordonnance de St. Florent, près Saumur, octobre 1462 (L. XV p. 577) „supplier que, en ayant regard au cens, droiz et autres devoirs que prenons „à cause de notre domaine, sur les dites salines et sur le sel qui se fait en icelles, „c'est assavoir sur les salines desdits marchands salinans, la septième partie, „outre trois deniers tournois que prenons sur chacun muid de sel qui se fait „es salines".... MOREAU DE BEAUMONT (III p. 154) rapporte que c'est un seigneur de la maison d'Uzès qui, antérieurement à l'acquisition du salin par le roi, avait donné à cens le salin, moyennant le 7<sup>e</sup> du sel comme redevance. C'est ce droit du 7<sup>ème</sup> qui portait le nom de „septem". Le droit de septem du Peccais fut adjugé, le 20 octobre 1440, pour 32 sols 6 deniers tournois le quintal. Et la part du roi, dans la récolte, a été, en 1435, de 160 muids (B.N. fr. 26069, 2656 et 23913 fo. 46 2<sup>o</sup>). SPONT, *La gabelle du sel en Languedoc. Ann. Midi* 1891 — p. 456 — note 1).

<sup>2)</sup> A cette date, les communautés de Languedoc, ayant voté l'établissement de la gabelle, préposèrent leur député général, JEAN DE LA CROIX, à sa perception. FRANÇOIS JONTE se trouva, par suite de ce changement, privé de sa ferme et réclama une indemnité. Cette ferme comportait, le droit de traiter 1100 mesures du sel du Peccais, „una cum affacharia salinarum nostrarum dicti territorii". L'affacharia est, d'après DUCANGE, une concession à part de fruit (ord. L. III. introd. p. LXXXIX et dom VAISSETTE. IX col. 753 note 2 et 10. Preuves cc. 1310—1311.) Cf. *Olim*.



comte et non du roi de France. Nous en trouvons la trace dans une convention de société, entre le roi et le comte de Provence, qui date de 1398. L'article 12 prescrit un partage rapide de la récolte de sel, entre le seigneur censier et le salinier, pour que chacun puisse „approfigiter et vendre sa part” <sup>1)</sup>. Quant au salin de Carcassonne, il pourrait bien avoir joui d'un régime plus démocratique, je veux dire alleutier, car la transaction de 1320, que j'ai analysée plus haut, revendique, pour les „universitates” qui le constituent, leur pleine indépendance, moyennant, seulement, une leuda payable par chaque charge de sel au salin du roi. La leuda est une sorte de péage qui participe, plutôt, de la nature de l'impôt que de celle des redevances foncières. On ne peut donc l'assimiler au droit de „septem” du Peccais. Mais, il n'est pas interdit de supposer ou bien que les terres exploitées comme salines n'avaient généralement pas été concédées et qu'on les traitait comme alleux, ou bien, si elles avaient été accensées, que le domaine direct en appartenait à des seigneurs locaux, dont il n'y avait pas lieu de mentionner le cens dans une transaction avec le roi.

Le progrès de l'exploitation des salins semble avoir laissé la royauté assez indifférente; rien ne nous permet de supposer qu'elle ait jamais poussé les „laboureurs” à une production plus intense. Les travaux d'aménagement et de protection des salins du Peccais contre l'invasion de l'eau de mer ont été suscités non pas par le roi, mais par les comtes d'UZÈS qui en étaient anciennement propriétaires. Les mesures d'entretien des digues que ces derniers avaient fait construire et plus généralement de tout le salin n'ont même pas toujours été sévèrement exigées des „laboureurs” comme on le verra plus loin. La raison de cette sorte d'indolence de la royauté est probablement la grande abondance de la production qui, en année normale, est très supérieure aux besoins de la

---

<sup>1)</sup> Ordonnance VIII p. 422—art. 12: „Tout le sel qui est ou sera dorénavant es salins de Peccais, de Mirabal et d'Aigues-Mortes, de la Vernède et de N. D. de la Mer, incontinent et tantost qu'il sera fait et assemblé se doit partir entre le seigneur duquel ils se tiendront; c'est à savoir que le seigneur doive prendre sa part et le salinier la sienne, afin que chacun puisse approfigiter et vendre la sienne” . . . . MOREAU DE BEAUMONT affirme (p. 168) que les salins de Badon et des Stes Maries de la mer sont sujets au droit de *septem* comme le Peccais.



consommation. L'ordce de déc. 1499 (art. 8) dit qu'au Peccais la surveillance des marchands est bien difficile parceque „les propriétaires saliniers ne font compte de perdre partie de leur sel parcequ'il est de petit pris sur le lieu” <sup>1)</sup>, et elle autorise l'exportation du sel au dehors quand tous les greniers sont fournis pour *cinq ans*. (art. 7). La royauté a encore moins songé à prendre directement en mains la production du sel. L'entreprise eut été certainement au dessus de ses forces et elle eut été vaine, car à cette époque l'exploitation salinière ne comportait guère qu'une utilisation rudimentaire de la main d'œuvre rurale à laquelle suffisait la connaissance des procédés habituels de culture. La population eut d'ailleurs probablement assez mal accueilli pareille tentative. Nous en pouvons juger par la transaction intervenue entre le roi et les *universitates* de Carcassonne en 1320, confirmée en 1394 <sup>2)</sup>. Il y est dit notamment que en même temps que le roi consent à rendre aux habitants des divers „saltus” leur liberté de vendre leur sel à qui ils voudront, il doit leur promettre de ne se saisir d'aucun nouveau salin de la région; et à supposer que par le jeu naturel du droit de retour féodal, un salin vint à retomber dans sa main, il est tenu de le réinféoder dans l'année à d'honnêtes conditions, sans pouvoir le garder dans ses mains en vue d'en faire l'exploitation directe. Durant cette année de répit, on ne tolère même pas que le roi profite de cette saisie pour faire payer le sel plus cher aux habitants des environs. Aucune mesure postérieure du roi ne laisse supposer qu'il ait jamais contrevenu à sa promesse.

Quoiqu'il en soit, les règles de cette exploitation ne semblent pas s'être modifiées avant le XVI<sup>e</sup> s. où on les retrouve telles que je viens de les indiquer. La plupart dureront même jusqu'à la fin de l'ancien régime.

## II. LA VENTE DU SEL.

### 1<sup>o</sup> *Comment le sel fut mis en la main du roi.*

Le sel une fois produit, le salinier, comme le seigneur pour sa part, le vendait originairement à qui il voulait. Et il en tirait,

<sup>1)</sup> Ordces FONTANON II. p. 775.

<sup>2)</sup> Ordces L. I. p. 717.



d'ordinaire, un prix avantageux, car le sel blanc de Languedoc était fort apprécié et recherché, non-seulement en France, mais en Lombardie, en Aragon, sur la rivière de Gènes et dans bien d'autres pays encore <sup>1)</sup>. Dès avant l'introduction de la gabelle royale dans le salin de Carcassonne une tentative fut pourtant faite pour porter atteinte à cette liberté de vente. J'ai déjà signalé comment, de 1296 à 1320, la royauté avait lutté pour imposer, aux habitants, l'obligation d'acheter leur sel au salin du roi et pour s'emparer en même temps du contrôle de tout le commerce du sel. Mais ce fut en vain, puisque l'ordonnance de novembre 1320 restitue, aux habitants, leur pleine liberté „d'acheter leur sel de qui ils veulent, de l'exporter hors du royaume, de l'importer du dehors, par terre ou par eau, de le donner ou échanger à son gré et d'en faire tout ce qu'il voudra". Si cette liberté est laissée à l'habitant, à plus forte raison la pleine liberté de vente est-elle accordée au producteur. La seule obligation qui lui soit imposée est de payer la *leuda*.

Lorsqu'on imposa la gabelle au nord de la France vers 1342, le roi nomma des commissaires pour organiser le même impôt dans le Midi. Nous possédons les lettres données le 16 mars 1341, au sénéchal de Beaucaire, au receveur de Mâcon, à Me RAPHAËL DU CAM, juge-mage de la sénéchaussée de Beaucaire et à PAULE GÉRARD, de Venaissie (comtat-Venaissin), portant pouvoir pour eux, dans toute la sénéchaussée de Beaucaire et le bailliage de Mâcon, au nom du roi „d'acheter, prendre et arrêter tout le sel que vous y trouverez, ce mestier est, et de ordener gabelle, en la manière qu'il vous semblera que bon soit"....<sup>2)</sup>. Les commissaires, procédant comme on l'avait fait au Nord, firent *réquisition* de tout le sel des trois sénéchaussées et en réservèrent la vente au roi. Pour avoir quelque efficacité, il va de soi que la

---

<sup>1)</sup> Lettres de Charles VII. Ordonnances L. XIV. p. 66 et suiv". Supplication de marchands ayant salines au terroir du Peccais...." anciennement, vendaient leur dit sel... ès pays de Lombardie, rivière de Gennes, Arragon, Foix et autres pays et contrées lointaines"....

<sup>2)</sup> VAISSETTE, tome X, Preuves col. 890, n<sup>o</sup>. 97. On avait ainsi réuni la sénéchaussée de Beaucaire et le bailliage de Mâcon, que nous retrouverons souvent associés par la suite, probablement parce que, dès cette époque, c'était de la région de Beaucaire que le bailliage de Mâcon tirait son sel.



mesure devait s'appliquer aussi bien au sel qui se trouvait sur les „coffes” des salins qu'à celui qui avait déjà pu être conduit en entrepôt sans les villes. C'était ce qu'on appelait „mettre le sel dans la main du roi” et le procédé fiscal était analogue à l'établissement des greniers, le salin servant d'entrepôt. De nombreuses réclamations s'élèverent contre cette mesure. Nous avons conservé celles des habitants de Montpellier. Les consuls de cette ville déclarent qu'on a ainsi porté atteinte 1°. au droit des propriétaires des salins (*domini salinarum*) en leur enlevant la libre administration de leurs biens et le droit de vendre leurs produits à qui ils veulent; 2°. aux intérêts des gens de Montpellier, car les propriétaires des salins avaient coutume de porter leur sel au marché de cette ville pour en échanger le prix contre les denrées nécessaires à leur subsistance, blé, farines et autres victuailles<sup>1)</sup>. Nous ne connaissons pas la suite qui fut donnée à cette plainte. On dut transiger et, probablement, accepter, au lieu du monopole de vente du roi, une imposition, sous forme d'aide sur la vente du sel (février 1346—1348); car, durant une douzaine d'années, nous n'avons plus trace de réclamation, bien qu'il soit parfois question de gabelle<sup>2)</sup>.

Nous n'avons pas pour la région de Carcassonne de texte correspondant aux lettres précédentes. Peut-être jugea-t-on qu'il n'y avait pas encore lieu de troubler cette région par un changement de régime, puisqu'aussi bien la „leuda” de 1320 faisait déjà participer le roi aux bénéfices de l'exploitation salinière. Le nouvel impôt était d'ailleurs mal supporté, puisque, en 1346, JEAN, fils du roi et son lieutenant, promit à la province la suppression des gabelles et de l'aide de quatre deniers pour livre sur les denrées, si

<sup>1)</sup> ... *predicta.... sint facta ad incommodum reipublicae... tum quia per predicta aufertur libera administratio rerum propriarum his qui salinas habent... tum etiam quia gentes non potuerunt emere sal ab eisdem... tum quia paratur hic maxima caristia propterea quia gentes... que ad Montempessulanum consueverant portare blada, farinos et alia victualia propter sal quod de ista senescallia sumebant... non portabunt propter defectum salis predicti* (VAISSETTE, loc. cit. col. 889).

<sup>2)</sup> Assemblée des Etats à Toulouse — décembre 1345 — n°. 393, col. 976... PHILIPPE... avons entendu... notre peuple se tiennent à moult grevez de plusieurs impositions, gabelles et charges [ ? fouages ]...



la province levait et entretenait à ses frais un certain nombre d'hommes d'armes, pendant la durée de la guerre <sup>1</sup>).

Les choses restent ainsi incertaines jusqu'en novembre 1359 où j'ai déjà dit que, sur les instances du roi, la gabelle fut décidément acceptée par les Etats. L'acte d'établissement ne nous renseigne même pas très clairement sur son organisation, car il se réfère à une décision prise, à une transaction intervenue dans une réunion antérieure, tenue à Montpellier et dont je n'ai pas le texte. On peut soupçonner que, dans cette réunion, on s'était surtout préoccupé de sauvegarder les intérêts des consommateurs de sel, sans insister sur ceux des producteurs. Car, l'acte d'établissement ne parle que du prix de vente du sel au consommateur qui ne pourra s'élever au-dessus de quatre „gros” d'argent par quintal (il y a douze gros dans un florin) <sup>2</sup>). Pour éviter les fraudes „in locis salinariis” et la majoration possible du prix de vente du fait de la gabelle, on autorise les communautés à nommer un „visiteur” qui surveillera l'exécution de cette transaction <sup>3</sup>).

Malgré le caractère général de cette décision, j'hésite encore à penser qu'elle ait déjà emporté modification définitive du régime

<sup>1</sup>) 1346, 10 avril (col. 979)... pro supportatione honeris guerrarum.... et pro gabella salis impositio IV den. pro libra ac firmaria praepositarum... et col. 983 ch. 395 CX. Carcassonne II. col. 984.

<sup>2</sup>) 1359, 15 Nov. VAISSETTE, X, Preuves. coll. 1168, n<sup>o</sup>. 471. Praeterea quod gabella salis, in alio consilio seu parlamento in villa Montispessuli, non est diu, celebrato... concordata sub eisdem modis et formis duret et remaneat.... cum modificatione quod quatuor grossos argenti quorum duodecim valent unum florenum auri, quintale salis quod libet valeat solum et vendatur in modum ordinatum et concordatum in consilio Montispessuli antedicto.... La livre vaut 1 florin  $\frac{1}{3}$ , le florin = 15 sous; donc 4 „gros” ou  $\frac{1}{3}$  de florin = 5 sous. SPONT, *Gabelle en Languedoc*, p. 453 et 454. En comptant 60 quintaux au muid, cela porte le prix de vente du muid à 25 livres.

<sup>3</sup>) VAISSETTE, col. 1174, n<sup>o</sup>. 111: Omnes vero concessionibus... in consilio in Montepessulano editas... volumus observare et, quo ad villum Narbone, senescallo Carcassone cum verbo commitimus... Et ne fraus in locis salinariis senescalliarum Bellicadri et Carcassone possit committi, majoraque emolumenta ex facto gabelle dicti salis recipi valeant et levare... volumus... quod unus visitator in dictis duabus senescalliis ex parte dictarum communitatum si voluerint deputetur; alium vero contrarollatorum per nos etiam volumus deputari, per quod dicta loca salinaria visitentur ad evitendum fraudis materiam.... La ville de Narbonne a dû résister à l'innovation.



antérieur dans la région de Carcassonne. En effet l'ordonnance de 1320 qui consacrait le droit des saliniers de vendre librement leur sel y tomba si peu en desuétude que, en juillet 1394, elle fut confirmée par le roi, sans changement pour les sénéchaussées de Toulouse et de Carcassonne <sup>1)</sup>. Quant à la sénéchaussée de Beaucaire, bien que je ne puisse citer aucun texte qui l'établisse formellement, j'incline à penser, à cause du traité de 1372 dont il est question plus loin, que c'est encore une aide sur le sel, peut être du quint, que prévoyait la convention de 1359: on percevait l'impôt au moment de la vente au salin. La formule de 1359, citée plus haut, signale bien que c'est le mode de vente qui a été arrêté entre le roi et les Etats, c'est à dire qu'on est convenu sans doute d'une surveillance exercée par le roi sur ces ventes.

Quoiqu'il en soit, durant les années fort troublées qui suivirent, les préoccupations nationales, le morcellement des régions méridionales entre plusieurs maîtres, l'instabilité des souverainetés locales ou des occupations de fait, durent apporter une grande irrégularité dans l'application du régime légal. Ce régime traversa lui-même, dans son ensemble, les péripéties que j'ai signalées brièvement plus haut, à la fin du XIV s. et au commencement du XV et dont il est difficile aujourd'hui de noter toutes les variations <sup>2)</sup>. C'est ainsi qu'en 1372, un traité entre le duc d'Anjou et les „universitates” des sénéchaussées de Beaucaire et de Carcassonne, après avoir établi la perception pendant deux ans d'un „gros” d'argent par quintal de sel, dont  $\frac{1}{5}$  ira aux propriétaires des salins et le reste aux „universitates”, ajoute, plus loin, que, „chaque salinier pourra vendre ou délivrer son sel à qui voudra le lui acheter, en présence du gabellier, ou avec sa permission et recevoir l'argent provenant de cette vente. On notera que la sénéchaussée de Beaucaire est partie, à cette convention, aussi

---

<sup>1)</sup> Ordonnances L. VII, p. 645. Il ne paraît d'ailleurs avoir jamais été mis en doute que le produit de la gabelle, dès cette époque ancienne était sensiblement plus élevé dans la sénéchaussée de Beaucaire que dans les deux autres. C'est ce que reconnaît le maréchal d'Audeneham en 1361 et en 1362 quand il promet de dédommager, par une restitution, la sénéchaussée de Beaucaire du supplément que la sénéchaussée se trouve avoir fourni dans le total de l'impôt. VAISSETTE, Preuves, col. 1274, 1276, CXXVI, 484.

<sup>2)</sup> Voir p. 42 note 4.



bien que celle de Carcassonne <sup>1)</sup>. — Ce droit reconnu au salinier de vendre son sel à qui voudra le lui acheter se concilierait difficilement avec la mainmise du roi sur tout le sel si l'on admettait que la décision de 1359 l'eût déjà ordonnée.

Il est plus vraisemblable de penser que la surveillance de la vente du sel, seule organisée en 1359, se fit de plus en plus, rigoureuse, peut-être à cause des fraudes qu'elle permettait. De plus en plus, l'agent du roi se substitua en fait au propriétaire du sel dans la négociation de la vente et prépara insensiblement l'avènement du régime nouveau où c'est le roi seul qui vend le sel des propriétaires. A quelle époque précise le changement s'opéra-t-il ? Aucun texte ne nous permet encore de le fixer, mais en 1411 l'ordonnance le présente comme déjà accompli.

Toujours est-il qu'il faut arriver à l'ordonnance de 1411 pour commencer à sortir de l'obscurité antérieure. Elle est due au gouvernement du duc de Berri et témoigne que les intentions du roi se sont confirmées depuis 1359. Elle rappelle et applique le principe que *tout le sel est aux mains du roi*. L'article 11 interdit, en effet, aux „barons, nobles, prélats ou tous autres, ayant sel, ou droit en iceluy, que des salines où ledit sel sera fait ou receu”... d'en recevoir ou transporter... sans licence du visiteur... „car, avons dès maintenant, comme dès lors mis le sel à la main du roi” <sup>2)</sup>. Pour la sénéchaussée de Beaucaire,

<sup>1)</sup> VAISSETTE, X, Preuves. col. 1465, VII et col. 1471. XXXIII. Le montant du nouveau droit est peu élevé (6 l. 50 par muid.) Il s'ajoute sans doute au prix prévu en 1359 qui se trouvera donc porté à 31 l. 5 sous.

<sup>2)</sup> SPONT, *La Gabelle du sel en Languedoc. Ann. du Midi*. 1891, p. 473. Le droit des barons, nobles ou prélats, dont il est question ici, s'explique, le plus souvent, parce que si toutes les salines se trouvent, du fait de la gabelle, soumises à la souveraineté du roi, toutes ne le sont pas à son domaine féodal direct. Dans les salines dont le domaine direct appartient à un baron, c'est lui qui perçoit ou le droit de „septem” ou toute autre redevance en nature analogue. L'interdiction de vente s'applique au produit de ces redevances comme à la part du laboureur. C'est là la principale origine de ces „rentes de sel” dont il est si souvent question en cette matière.

La rigueur de la mainmise du roi dut pourtant être atténuée par le droit laissé aux saliniers d'exporter ce qui leur resterait de sel quand on aurait pourvu les greniers pour plusieurs années. L'ordonnance n'en dit rien, mais cette faculté est mentionnée dans l'ordonnance de déc. 1499 (art. 7) qui ne paraît pas la regarder comme nouvelle.



l'ordonnance de 1411 dut avoir son plein effet. Mais, je ne sais, même après elle, que penser de son application immédiate à la région de Carcassonne. D'un côté, en effet, ses termes sont très généraux et l'étendent, sans distinction, aux „pays de Languedoc et duché d'Aquitaine". Mais, de l'autre, il y a bien peu de temps qu'en 1394 on a renouvelé à Carcassonne l'octroi de son régime de liberté économique. Et il est un peu singulier que pas un mot, dans l'ordonnance, ne confirme l'intention du roi de priver Carcassonne de sa situation privilégiée antérieure. Ajoutez, enfin, que la mainmise effective du roi sur tout le sel produit par les salins dut avoir une fâcheuse répercussion sur l'industrie salinière tout entière et que c'est seulement pour les salins d'Aigues-Mortes que nous avons connaissance d'instantes réclamations adressées au roi par les propriétaires ou „laboureurs du sel". De sorte que la condition des „laboureurs du sel" de la sénéchaussée de Narbonne demeure encore assez incertaine. Est-il imprudent de croire que, malgré l'ordonnance de 1411, ils sont restés un certain temps encore en possession du droit de commercer à leur gré, du sel? L'hypothèse est plus vraisemblable encore si l'on admet, avec moi, que la mainmise du roi sur tout le sel s'est établie insensiblement, par la coutume, avant l'ordonnance qui ne fait que consacrer l'usage antérieur. On remarquera que, durant tout le XV s., on passe sous silence le salin de Carcassonne, soit que sa production ait été comme submergée par celle bien plus considérable des salins du Rhône ou de l'étang de Thau et ne serve plus qu'aux populations de la région immédiatement avoisinante, soit qu'on y ait conservé en fait le régime de la libre vente. Après 1499, il n'y a même plus de lieutenant du visiteur à Carcassonne (Voir ordce avril 1499 — décembre 1499 et janvier 1500<sup>1</sup>.)

La condition des salins orientaux du Peccais et de Provence nous est plus connue. Et pour eux, il faut que j'insiste sur le trouble qu'apporta, à la production, l'établissement du monopole de vente du roi. Pour permettre la surveillance qu'exigeait le fonctionnement du *monopole*, on voulut contraindre *les laboureurs du sel*, à se soumettre, pour la vente de leur sel, aux règles

---

<sup>1</sup>) L'ordonnance déclare s'appliquer „au pays de Languedoc et duché d'Aquitaine". Or il est peu vraisemblable qu'en fait elle ait eu cours dans cette dernière région.



en usage dans les greniers, notamment à la vente à tour de papier<sup>1)</sup>. La sujétion leur parut lourde, car ils devaient souvent attendre fort longtemps avant de toucher le prix de leur marchandise et, comme ils étaient, en général, dénués de toute avance, ils se trouvaient, quand venait l'heure des frais d'aménagement ou d'entretien des salines en vue de la récolte prochaine, hors d'état d'y pourvoir. De sorte que, souvent, les salins furent négligés ou même désertés, au grand dommage du roi<sup>2)</sup>. C'est le salin de Peccais qui courut le plus grand danger, et c'était, de beaucoup, le plus productif. Le roi s'en inquiéta; car, il y avait pour lui double intérêt à retenir les saliniers au salin. D'abord, c'était le meilleur moyen de pousser à la production abondante d'une denrée dont la vente rapportait gros au roi. Et puis, si les saliniers, n'ayant d'autre ressource pour vivre que la production du sel sur cette grande étendue sablonneuse ou marécageuse qui entoure la ville, entravés dans l'exploitation de leur seule richesse, quittaient Aigues-Mortes et en faisaient un désert, il faudrait que le roi installât, à demeure et à sa solde, une troupe d'hommes chargés de la défendre contre les incursions du dehors, car Aigues-Mortes était une des portes du royaume qu'il était nécessaire de tenir<sup>3)</sup>. Peut-être des mesures royales intervinrent-elles dès la fin du XIV s.<sup>4)</sup>. — En tous cas, nous savons, avec certitude que, dès

<sup>1)</sup> Elle suppose le versement par le salinier au grenier ou à la boutique du roi, de tout le sel qu'il a produit et la vente effectuée par le grénétier au nom du salinier et pour son compte à une date plus ou moins éloignée suivant l'abondance des versements et la fréquence des demandes.

<sup>2)</sup> Lettres de CHARLES VII. Ordonnances L. XIV. p. 66 et suiv. — Une visite faite aux Salins, en 1435, nous apprend qu'il n'y a plus, à cette date, que trois salins qui soient exploités (la Fangouse, la Joyeuse (Gandiosa) les Estaques). SPONT, p. 456. B. N. fr. 26060, 2656 et 23915, f<sup>o</sup>. 46 r<sup>o</sup>.

<sup>3)</sup> Ordce. de St. Florent, près Saumur, octobre 1465 (L. XV. p. 577).

<sup>4)</sup> MOREAU DE BEAUMONT op cit. III, p. 156, rapporte que, très anciennement, au moment de la concession du salin de Peccais, par un seigneur d'UZÈS, de grands travaux avaient été exécutés en vue d'exploitation du sel (c'est donc avant 1290). On aurait alors aménagé 7-salins. On avait notamment environné les salins d'une chaussée qui les mit à l'abri des inondations de la mer et du Rhône. C'étaient surtout ces travaux anciens qui, mal entretenus, risquaient de disparaître. Le même auteur affirme que c'est le duc d'Anjou, lieutenant-général en Languedoc, qui, le premier, vint au secours des laboureurs en leur accordant, comme compensation du dommage causé par la suppression de



une époque antérieure à 1422, le roi, loin de rapporter la décision qui mettait tout le sel „aux mains du roi” essaya de la faire accepter par les saliniers, en leur octroyant une redevance de quatre deniers parisis par „quintal de sel qui se vendrait ès greniers de Beaucaire et aussi sur chacun quintal de sel qui passerait sous le Pont St. Esprit.” La redevance parut même, au bout de peu de temps, insuffisante „à maintenir en état les dites salines, cabanes, mortelayras (réservoirs d’eau), divers ponts, et plusieurs gorges nécessaires à la façon dudit sel et pour tenir en réparation certaines levées . . . . tant devers la rivière Rosne comme devers 2 étangs faits pour la conservation des dites salines” . . . ; et en 1422, on l’éleva à six deniers parisis<sup>1)</sup>. Le régime ainsi instauré n’alla pas sans donner lieu à de nouvelles difficultés. Bien qu’il eût été confirmé, en 1441, les officiers royaux crurent bientôt devoir arrêter les six deniers octroyés et les mettre dans la main du roi parceque les dits deniers n’avaient pas été employés aux travaux auxquels ils étaient affectés. Il fallut une nouvelle décision du roi pour décharger de nouveau les saliniers de l’obligation de rendre compte à la Chambre des Comptes, en les soumettant seulement à la surveillance du visiteur général des gabelles en Languedoc, qui devait statuer, en présence de six ou huit des plus notables saliniers ou propriétaires. Cette redevance de six deniers parisis porte le nom de droit de *Blanque*. Elle dure toujours à la fin du XV s. — Les salins de Provence durent obtenir de bonne heure du comte de Provence, pour leurs saliniers, un traitement analogue à celui que le roi avait accordé aux saliniers du Peccais. En effet l’ordonnance de Louviers (septembre 1449) en relatant les traités passés en 1398 et 1405 entre Charles VI et

---

la liberté de la vente, le quart d’un „gros” par quintal de sel vendu. Cet octroi serait ainsi antérieur à 1378, date où prend fin la mission du duc d’Anjou en Languedoc. Plus tard, en 1388, le duc de Berri aurait substitué, au quart de „gros”, 4 deniers parisis par quintal. Les ordonnances postérieures, dont on parle au texte, ne permettent pas une pareille précision, sans pourtant la contredire. Elles font allusion à des mesures de cette sorte, sans en indiquer la date cf. le traité de 1372 rapporté plus haut p. 140 et dont je ne puis dire le lien avec les affirmations de MOREAU DE BEAUMONT.

<sup>1)</sup> Lettres de CHARLES VII. Louviers septembre 1449. Ordcs. L. XIV. p. 66 et s. et ordce. St. Florent près Saumur octobre 1462. L. XV. p. 577.



la reine de Jérusalem et de Sicile, sur lesquels je reviendrai plus loin, admet les saliniers de Provence au partage avec les saliniers du Peccais des six deniers parisis concédés à ceux-ci par le roi sur tout le sel qui passera au grenier de Pont St. Esprit, moyennant une participation égale accordée aux saliniers du Peccais sur le sel gabellé par les greniers provençaux de Tarascon et de Lapordier. Cette convention ne se comprendrait pas si les saliniers provençaux n'avaient pas eu antérieurement le droit de percevoir sur le sel provençal de Tarascon et de Lapordier une redevance de même taux que celle qui revenait aux saliniers du Peccais sur le sel de Pont St. Esprit. Au contraire il n'est question pour les saliniers de Carcassonne d'aucun droit analogue au droit de Blanque dont je viens de parler. Cette différence de réglementation ne s'explique guère qu'en supposant ou que les salins de Carcassonne n'avaient pas nécessité les travaux de défense et d'entretien que l'état des lieux imposait au Peccais ou en Provence, ou que la liberté des saliniers de vendre à qui et quand ils voulaient y avait persisté plus longtemps.

Toute cette première période est, on le voit, assez confuse. Même après 1359, la gabelle est loin d'avoir fonctionné régulièrement. La forme sous laquelle l'impôt s'établit reste incertaine. Partie d'un régime de pleine liberté de vente du sel par le producteur, la royauté, tout en ayant ordonné l'établissement de la gabelle sous la forme qui lui avait été donnée au Nord, s'est souvent contentée d'une „leuda”, sorte de droit d'aide sur chaque quintal de sel vendu. Puis elle a eu souci que les ventes ne pussent échapper à l'impôt; elle les a surveillées; elle a parfois exigé la présence, au moment de la vente, d'un gabellier, comme en 1372, en laissant encore au producteur le choix de son acheteur et du moment de la vente. Cela même était insuffisant. Dans les salins où l'autorité du roi était moins entravée, comme au Peccais, elle a tenté de se substituer au producteur, de „mettre le main” sur tout le sel du salin et d'en opérer seule la vente. C'est le régime que suppose établi l'ordonnance de 1411. Le trouble que ces mesures engendrèrent dans toute l'économie de la production, elle tâcha de l'apaiser en accordant au producteur, comme rançon de sa liberté de vente abandonnée, un accroissement de prix de la denrée qu'on exigerait du consommateur. Jusque là ce n'est



guère qu'au salin que le contrôle royal s'est exercé et sans qu'une organisation bien rigoureuse en ait été établie. Or la production est trop libre et trop abondante, la dissimulation trop facile, l'entrée et la sortie du salin généralement situé dans des régions peu peuplées sont trop ouvertes à tout venant. La royauté devait être menée par la nécessité et par la faveur dont jouit auprès d'elle l'organisation élaborée dans la France du Nord à la création des greniers qui est comme la seconde étape dans cette histoire.

## 2°. *Les greniers.*

Dès le début des gabelles en Languedoc, le roi dut bien avoir la pensée de procéder dans ce pays comme il l'avait fait ailleurs. Le mandement de 1341 dont j'ai déjà parlé (p. 137) donne aux commissaires tout pouvoir de saisir-arrêter le sel dans toute la contrée pour en empêcher la vente. Le sel arrêté il fallait bien l'entreposer et on aurait dû être conduit tout droit à la création de greniers de vente comme au Nord. Dans les instructions de 1341, il n'est cependant pas expressément question de greniers et à ce point de vue, le contraste est assez frappant avec l'ordonnance de 1342, (20 mars)<sup>1)</sup>, très générale, faite pour toute la France et qui spécifie que le roi „a ordené certains greniers et gabelles de sel estre faitz par notre royaume". On retire la même impression négative de l'examen des faits et des textes postérieurs. Quand les Etats des trois sénéchaussées de Toulouse, Carcassonne et Beaucaire consentirent enfin à la gabelle du sel en 1359, il ne semble pas qu'on ait procédé, pour la perception, à l'installation de greniers. Dans aucun des documents qui nous sont parvenus, il n'en est question<sup>2)</sup>. Les fraudes sur la gabelle ne sont prévues que sur

<sup>1)</sup> Voir p. 4 de l'art. précédent.

<sup>2)</sup> Voir les Lettres expédiées par les députés de Nîmes pour renseigner leurs commettants sur ce qui se passe à l'assemblée (21 mars 1359). Leur avis est d'établir une gabelle sur le sel et le 28 mars, ils annoncent que l'assemblée est unanime en faveur de cette gabelle sur le sel et d'une autre sur les viandes salées (on sait que la portée du mot gabelle n'a été que tardivement restreinte à la vente du sel et s'applique originairement à la vente de toutes espèces de denrées); d'autres voudraient même étendre l'impôt aux viandes fraîches ou à toutes denrées. On se contenta de voter la gabelle du sel (VAISSETTE, IX, p. 692, note 3). Le silence gardé sur les greniers et le rapprochement de la gabelle sur le sel et de celle sur les viandes salées ou sur les viandes fraîches me



les salins „in locis salinariis senescalliarum Bellicardi et Carcassonne<sup>1)</sup>; il ne peut être question de la sénéchaussée de Toulouse où il n'y a pas de salin. C'est encore seulement aux salins que parait avoir lieu la vente du sel, le salin étant l'entrepôt naturel, sans qu'il y ait trace de greniers ni de grénétiers. Quelques années plus tard, en 1363, les Etats des sénéchaussées de Beaucaire et de Nîmes déclarent qu'ils affermeront cette gabelle par diocèse et par viguerie, comme on affermait l'aide<sup>2)</sup>; en 1365 l'assemblée nomme même un intendant pour présider à la vente du sel et un receveur dans chaque sénéchaussée: le duc d'Anjou approuve la nomination<sup>3)</sup>; en 1380 la province offrit une double gabelle sur le sel en même temps que les douze deniers par livre sur toutes les denrées et marchandises, et il n'est pas plus question de greniers<sup>4)</sup>. Et c'est encore une aide de 21 francs par muid que l'assemblée de Lyon autorise en 1383, en même temps que les douze deniers par livre et le huitième du vin<sup>5)</sup>. On arrive ainsi à l'ordonnance de 1411 sans que les greniers apparaissent comme un organe digne d'être mentionné dans l'histoire de l'impôt des gabelles. Il serait pourtant excessif de dire qu'on n'en trouve absolument aucune trace. En effet deux documents, dont nous avons déjà tiré parti, nous signalent quelques greniers. C'est d'abord la convention de société conclue en décembre 1398 entre le roi CHARLES VI et la reine de Jérusalem, comtesse de Provence<sup>6)</sup>. Elle signale les greniers de Beaucaire, Pont St. Esprit, Tarascon et Lapardier. Le dernier appartient au comte de Provence, le premier est au roi tandis que le

---

paraissent significatifs. On ferait la même remarque au sujet des lettres du comte de Poitiers relatives à cette tenue d'Etats „concordatum fuit quod emolumenta gabello et impositionem salis et aliarum rerum.... certo modo et per certos personas levare debeant et exsolvi (VAISSETTE, X, Preuves, CXXII, 470 II, col. 1158, id. eod. loc. VII, col. 1164. La gabelle du sel cessera quand elle aura produit 30000 florins d'or — id. VIII, elle est affermée en même temps que l'aide. cf. DOGNON, *Inst. polit. et adm<sup>ns</sup> du Languedoc*. p. 364 bis et s.

<sup>1)</sup> VAISSETTE, approbation par le comte de Poitiers des Etats de Carcassonne. X, Preuves, 471, III, p. 1175.

<sup>2)</sup> VAISSETTE, IX, p. 754.

<sup>3)</sup> VAISSETTE, IX, p. 769.

<sup>4)</sup> VAISSETTE, IX—XCVIII, p. 879. DOGNON, op. cit. p. 369. n. 4.

<sup>5)</sup> VAISSETTE, IX—XVII, p. 914.

<sup>6)</sup> Ordcs L, VIII, p. 422 et suiv. préamb. art. 1, 3, 4, 5 et 6.



second est commun au roi et au comte de Provence. Chacun d'eux a pour chef un grénétier, comme dans le Nord de la France, et possède un contrôleur et des mesureurs assermentés. Le nombre des greniers s'est accru dans cette région durant les années suivantes puisque dans les lettres de CHARLES VII de 1449 qui relatent une décision de 1422, il est question, à cette dernière date, du grenier de Nîmes et „d'autres" <sup>1)</sup>. On est donc autorisé à penser que vers la fin du XIV<sup>e</sup> s. les greniers finissent par faire leur apparition en Languedoc. Il est à remarquer que la nécessité de l'établissement de greniers à Beaucaire et à Pont St. Esprit dut apparaître plus tôt qu'ailleurs parceque c'étaient les deux grands points de transit du commerce du sel venu des salins du Rhône.

De ce que ceux là seuls nous sont signalés tout à la fin du XIV<sup>e</sup> s., on est peut-être autorisé à conclure aussi que jusqu'à l'ordonnance de 1411 il n'a dû en exister que fort peu en Languedoc et que la vente du sel n'est encore guère surveillée qu'au salin. L'examen de l'ordonnance de 1411 confirme cette conclusion. Elle y vise sans doute les greniers, non seulement en l'art. 1 où la mention ne serait guère significative, si elle était seule, puisqu'il s'agit de greniers, simples entrepôts privés où les marchands portent leur sel, peut être hors de Languedoc, mais encore en l'art. 15 et en l'art. 19 et dernier. L'art. 15 se borne à formuler, pour les marchands qui portent leur sel au grenier, la règle de la vente à tour de papier, dans l'ordre où le sel est apporté au grenier; l'art. 19 veut qu'on prenne des mesures de publication de l'ordonnance présente „es notables villes desd. pays où les greniers dud. sel seront tenus et autres notables villes". Ces trois articles, les seuls qui nomment les greniers, suffisent bien à en établir l'existence en Languedoc. Mais comment pourrait-on admettre que ces greniers y soient nombreux et jouent un rôle important, alors que nulle part dans l'ordonnance on ne mentionne les grénétiers, ni pour leur rappeler les devoirs de leur fonction ou les plaintes des marchands, ni pour les charger de réprimer la fraude, et que dans les pays où les greniers ont été florissants il n'y a pour ainsi dire pas une ordonnance, depuis celle de 1366, où ils ne se trouvent en vedette à ce double titre? Je sais bien qu'il y a

<sup>1)</sup> Ordres L, XIV, p. 66 et suiv.



en Languedoc un fonctionnaire nouveau, le visiteur, à qui incombe le contrôle des gabelles. Mais si, le nombre des grénétiers eut été important, comment n'aurait-on pas confirmé et réglé le droit de surveillance du visiteur à leur égard?

Enfin toute l'ordonnance de 1411 dans son aménagement intérieur, ne se comprend que si l'on admet que l'impôt du sel étant payé au salin, il n'y a plus, d'ordinaire, hors du salin, aucune surveillance fiscale à exercer à son sujet. Elle prévoit bien en effet des délits saliniers et leur répression, mais ces délits sont singulièrement différents de ceux des pays de grande gabelle. Comparez la grande ordonnance de novembre 1379 avec celle de 1411 et vous en serez frappé. Tandisque dans la première ce sont les marchands, vendeurs ou transporteurs de sel qu'on soupçonne et qu'on surveille, „aucuns menans sel ou portans sel es metes d'aucuns greniers” (art. 29); dans la seconde ce sont précisément eux qu'on protège. Dans l'art. 1, on traite à l'égal des officiers du sel „les marchands marchandises de sel en quelque manière que ce soit exerçans ou par terre ou par eaue portans et conduisans”, *pour les mettre à l'abri „de toutes oppressions, molestacions et empeschemens quelconques”*. De même l'art. 9 ne prévoit que les délits „*empêchant l'exécution ou fait dud. sel... durant la traicte et gouvernement dud. sel... par autres marchands, sauniers, ouvriers, conducteurs et autres personnes quelconques le fait dud. sel exerçans, le temps durant qu'ils exerceront ledit fait*”... On comble de privilèges tous ceux qui participent à l'industrie salinière officiers, ouvriers ou transporteurs, en les soustrayant à la juridiction ordinaire (art. 1 et art. 9) au service des galères du roi (art. 3), aux charges publiques (art. 4), au service de garde ou de guet dans les villes (art. 7). Le grand souci du roi est manifestement de favoriser la production et la circulation du sel et aussi d'assurer l'approvisionnement régulier et avantageux du pays. Les vendeurs de sel ne sont inquiétés qu'autant qu'ils ont perturbé les sergents... „en icelluy sel secrètement achetant, marchandant, emblant, fraudant et *pour le faire plus chier, monopole faisant, en tenant fauces mesures... en empeschant les sauniers à faire sel...*” Comment toute cette réglementation se comprendrait-elle si, comme au Nord, le roi eut pu présumer dans tout transporteur un fraudeur? Tandisqu'elle est toute naturelle si l'on admet que la



surveillance à la sortie du salin empêche de suspecter le transporteur.

Si l'on veut bien me suivre dans ces déductions, on admettra avec moi que, encore en 1411, c'est surtout au salin que se perçoit l'impôt du roi, au moment de la vente et de l'enlèvement du sel. Il est à supposer même que, les greniers quand ils existent étant loin d'avoir pris l'importance fiscale qu'ils avaient au Nord, leur organisation avait été moins rigoureusement construite. Nous en jugerions avec plus de sécurité si nous n'avions pas perdu une ordonnance du 30 novembre 1436, mentionnée dans un document de 1437<sup>1)</sup> et qui portait sur „le fait et le gouvernement des greniers à sel dud. pays de Languedoc”. Force nous est aujourd'hui d'y suppléer. Et voici comment je me prends à reconstituer toute cette histoire.

Originellement et durant le XIV<sup>e</sup> siècle, toute la surveillance du sel se passe au salin. C'est là que chacun vient l'acheter, les uns, les marchands, pour le transporter au loin<sup>2)</sup>, les autres ou pour le consommer près du salin ou pour le revendre aux populations du voisinage<sup>3)</sup>. C'est là qu'on paie le droit du roi, soit 15 s. 6 den. par quintal ou, en comptant 60 quintaux du muid, 45 l. 5 s. par muid. La surveillance du salin appartient au visiteur et aux gardes qu'il y prépose. Le sel, une fois produit, reste sur les „coffes” du salin, formant, comme on en voit encore aujourd'hui à Aigues-Mortes, de gros tas d'égale contenance placés au bord du chemin, reconnaissables à la jolie couleur rosée

<sup>1)</sup> B. N. fr. 25967 f<sup>o</sup> 567 Guillaume, évêque et comte de Laon, per de France . . . , général conseiller . . . sur le fait ou gouvernement des finances es païs de Languedoc et duché de Guienne, à AUBERT PAVAYS, grénétier du grenier à sel . . . en la ville du St. Esprit . . . depuis les ordonnances . . . par led. se. faictes à Montpellier, le dernier jour de novembre mil CCCXXXVI sur le faict et gouvernement des greniers à sel dud. païs de Languedoc . . . baillent continuellement sel *pour moindre prix que ordonné n'avait esté par le roy* notred. se. c'est à savoir pour moins de XV s. VI den. de gabelle ordinaire pour quintal . . . , et avec ce, se font encore incessamment en iceluy grenier de Beaucaire *plus grans et excessives mesures de sel* . . . aux . . . et autres marchands qui oudit grenier sont venues et viennent charger sel; à laquelle occasion led. grenier du St. Esprit est venu comme de nulle ou petite valeur . . .

<sup>2)</sup> Il en était encore ainsi avant 1499 pour le sel destiné au tirage du Rhône, voir page suivante texte et note 1.

<sup>3)</sup> Ordces. 8 nov. 1498 — préambule — L. XXI. p. 131—137 — FONTANON II p., id art. 13 et 14.



que leur donne le soleil. Durant la fin de la belle saison, chacun vient s'y approvisionner et prend livraison de sa marchandise.

Puis cette réglementation se nuance et s'affine. Pour le sel transporté au loin, le risque est grand pour le marchand, car bien des hasards peuvent empêcher le sel d'arriver à destination. Et la perte est bien accrue, si le marchand a été obligé de payer le droit du roi au départ. Aussi peu à peu obtient-il qu'on surseoie au paiement des droits jusqu'à ce que le sel soit parvenu au port. On organise alors là un système de contrôle au moyen des *greniers de transit*, comme Beaucaire ou Pont St. Esprit, d'où le sel partira pour les provinces riveraines du Rhône. Les gardes des salins remettront aux marchands, après avoir mesuré le sel enlevé, des certificats ou „*billetes*” adressées aux grénétiers, indiquant le nombre de barques, de charrettes ou de sacs qui doivent transiter chez eux. En recevant les „*billetes*” et le chargement, les grénétiers, qui ont mission d'en tenir registre, devront bailler aux voituriers des „*récepissés*” adressés au garde du salin, que les marchands seront tenus de leur transmettre au retour. C'est là l'origine des *greniers de transit* qui paraissent les plus anciens de tous. Les plus importants ont été ceux de Beaucaire et de Tarascon: ce sont ceux d'où partent les chargements pour les deux rives du Rhône, destinés au tirage à la part du royaume et à celle de l'Empire. Je dirai plus loin que le transport de ces sels par eau fut affermé au X<sup>Ve</sup> s. Originellement les fermiers allaient prendre livraison de leur cargaison au Peccais, à Aigues-Mortes, à la Vernède ou aux Saintes-Maries de la mer. Puis le chargement fait „en pays inhabité” . . . . „durant les grandes chaleurs” donna lieu à de gros abus. Eu égard au peu de valeur, de la denrée au salin, on chargeait sans mesurer et tout ce qui dépassait en fait la quantité déclarée pouvait être vendu à un prix inférieur puisqu'il n'avait pas été gabellé. Aussi l'ordonnance de décembre 1499, pour mettre un terme à ces pratiques, prescrivit-elle aux marchands saliniers de faire conduire eux-mêmes et mettre en entrepôt aux greniers de Beaucaire et de Tarascon le sel destiné aux tirages. C'est là que les fermiers durent à l'avenir en prendre livraison après mesurage au grenier <sup>1)</sup>).

<sup>1)</sup> FONTANON II, p. 775.



Le sel qui reste dans la région est traité autrement. La règle qui oblige à payer la gabelle en enlevant le sel est la garantie primordiale. Peut en venir prendre au salin qui veut, pour le conduire où il veut. Pourtant d'un côté le roi n'aime guère qu'on constitue de gros approvisionnements de sel, des sortes de greniers privés: cela prête à la fraude, car qui peut affirmer qu'il n'entrera au grenier que du sel gabellé? Si sérieuse que soit la surveillance du salin, je dirai plus loin qu'elle n'a jamais été suffisante pour donner au roi une sécurité absolue. De l'autre, la liberté absolue de transport et de commerce hors du salin n'est pas toujours sans danger pour l'approvisionnement des habitants; rien ne les met à l'abri de la disette ou de l'accaparement, surtout avec la défaveur jetée sur les entrepôts privés dans les villes d'une certaine importance. Et alors le roi, obéissant à la fois aux raisons de prévoyance qui l'avaient inspiré au Nord et au désir d'une surveillance plus étroite de la vente du sel, crée peu à peu dans les principales villes de la région salinière et même dans toute la province de Languedoc, des greniers de terre. Les greniers doivent avoir été créés pour la plupart au cours du XV<sup>e</sup> s. Mais il n'y en a pas partout: loin de là.

Les cahiers des doléances des Etats de Languedoc (1446—1461)<sup>1)</sup> „montrent” les lieutenants du visiteur s'en allant encore dans les villes aux boutiques des marchands pour réclamer la preuve écrite, les „polices ou albarens” que le sel qui y est entreposé a été gabellé. S'il y avait eu dans ces villes des greniers royaux, le grénétier aurait reçu les „billetes” des marchands à l'arrivée du sel au grenier et c'est à lui qu'il eut fallu s'adresser. Même à la fin du XV<sup>e</sup> s. le mouvement de création des greniers de terre est loin d'être achevé: l'ordonnance de nov. 1498, dans son art. 20, supposant le transport par les marchands d'une cargaison de sel gabellé dans une ville „où il a accoustumé d'ancienneté d'être porté, soumet ce sel à la surveillance” de la garde instituée en ladite ville „et oblige celle-ci à réclamer les „billetes” à visiter le sel, à le faire mettre en „boutiques” en le faisant auparavant mesurer: cela ne peut s'expliquer que par l'absence de grénétier. On trouvera la liste des greniers royaux de Languedoc dans le

<sup>1)</sup> SPONT. *La gabelle en Languedoc*, p. 440.



dernier quart du XV<sup>e</sup> s. dressée à l'aide du contrôle de 1473—74 par SPONT et JACQUETON <sup>1)</sup>. A cette seconde catégorie de greniers appartiennent ceux de Narbonne, Béziers, Pézenas et Nîmes notamment. L'ord. de 1498 laisse supposer dans son art. 1 qu'on appliquait au sel transporté dans ces greniers le régime des „billetes” signalé plus haut <sup>2)</sup>. La multiplication de ces greniers dut accélérer la disparition des entrepôts privés qu'il avait bien fallu tolérer antérieurement et que déjà l'ordonce de 1411 avait cru pouvoir prohiber, même aux seigneurs ayant privilège de sel dont je parlerai plus loin.

Enfin, même sur le salin, les greniers finirent par apparaître. Le séjour du sel au bord même du salin n'était pas sans inconvénient au cas d'intempéries. Aussi est il vraisemblable de croire que les saliniers eurent de bonne heure des hangars privés destinés à l'engrangement <sup>3)</sup>. La lutte contre la fraude poussa la royauté, au cours du XV<sup>e</sup> s. à surveiller étroitement ces „boutiques” et à en créer d'autres lui appartenant en propre. Ce mouvement de construction des „boutiques royales” est surtout accentué à la fin du XV<sup>e</sup> et au commencement du XVI<sup>e</sup> s. L'ordce de 1500 voudrait qu'il y en eut partout et celle de décembre 1499 prescrit même d'en édifier deux, à frais communs, dans chaque grenier,  $\frac{1}{3}$  devant être payé par les marchands ou propriétaires et  $\frac{2}{3}$  par le roi <sup>4)</sup>. L'édification des boutiques devait faciliter la surveillance du salin. Pour la rendre plus rigoureuse encore, la royauté s'attacha, non pas à supprimer la vente sur les „coffes” du salin, ce qui aurait été bien difficile, mais à provoquer l'engrangement de tout le sel au salin et à mieux contrôler les entrées et sorties des „boutiques”.

Pour atteindre le premier but, on prescrivit aux saliniers ou marchands d'enlever tout le sel des „coffes” du salin avant la fin d'octobre, le garde du salin cessant son service à cette date. La sanction de cette prescription est rigoureuse: „tout le sel

<sup>1)</sup> JACQUETON, *Doc. relat. à l'ad. fin.* p. 287, Append. II.

<sup>2)</sup> FONTANON, II, p. 770.

<sup>3)</sup> L'ordonnce. de janv. 1500 art. 12 parle encore des boutiques des saliniers. FONTANON. II p. 778.

<sup>4)</sup> B. N. fr. 26.108. f<sup>o</sup> 501. Séries de prix faits pour la construction de boutiques en décembre 1500 et janv. 1502 à Pézenas, Mèze, Narbonne, Périac, Séjan.



restant esdites coffes et salins sera jeté en l'eau, fondu et annihilé réellement et de fait et le fera ainsi faire lad<sup>e</sup> garde sur peine de privation de son office et de ses gages" <sup>1)</sup>. Et afin de les rassurer sur le sort du sel emboutiqué, on autorise les saliniers ou marchands à surveiller eux-mêmes l'emboutiquement ou à „mettre un homme qui aura l'oeil au mesurage" (ord<sup>ce</sup> janv. 1497, art. 4). — De même, ils pourront avoir au grenier un homme qui recevra directement pour eux „leur droit, sans que le grénétier y puisse toucher, sur peine de suspension de son office" (ord<sup>ce</sup> janv. 1500, art. 6 <sup>2)</sup>) garantie qu'on ne semble pas avoir accordée au Nord.

La surveillance des boutiques fut obtenue en soumettant d'abord les boutiques du roi aux règles des greniers et en en attribuant le contrôle aux grénétiers. Dans l'ord<sup>ce</sup> du 17 janv. 1500 elles ne sont plus que des magasins attenants au grenier et en faisant partie. Quant aux boutiques privées, l'engrangement du sel y reste bien libre, les saliniers pouvant fort bien y mettre sel sur sel s'il le veulent, mais on impose au propriétaire de les tenir en bon état, bien réparées et à l'abri du vol (ord<sup>ce</sup> de 1500 art. 4); de ne pas les ouvrir toutes ensemble à la fois à l'entrée et à la sortie (ord<sup>ce</sup> nov. 1498, art. 10). Enfin le grénétier pourra visiter les boutiques privées, au moins celles des fermiers, (ord<sup>ce</sup> nov. 1498, art. 17.)

La tendance de toute cette législation à la fin du XV<sup>e</sup> s. est donc *d'obliger tout le sel à entrer en boutiques sur le salin, en grenier dans les villes et de soumettre peu à peu les boutiques à la réglementation des greniers*. Or une des premières règles des greniers est la „prise en compte par le grénétier de tout le sel qui est descendu aux greniers". Elle devient d'une application générale

<sup>1)</sup> FONTANON II, p. 767, ord<sup>ce</sup>. janv. 1497, art. 7. Les saliniers ou marchands auront droit d'ajouter un denier tournois par quintal au prix du sel pour payer les frais du transport, art. 8.

<sup>2)</sup> FONTANON II, p. 766 et p. 778. On verra notamment dans l'ord<sup>ce</sup>. de janv. 1500 comment, d'un commun accord avec les saliniers, furent arrêtées les règles essentielles de l'emboutiquement. L'ord<sup>ce</sup>. de janv. 1497 avait déjà établi (art. 2) que tout grenier devra avoir au moins deux boutiques l'une ouverte à l'entrée du sel seulement, et l'autre à la sortie, chacune d'une contenance égale à la consommation d'une année. FONT. II, p. 766.



à la fin du XV<sup>e</sup> s. Mais il a fallu, pour y arriver, tout un siècle d'efforts, durant lequel on voit, peu à peu les greniers se fonder et se multiplier et leur mainmise sur le sel s'affirmer. De sorte que c'est au cours du XV<sup>e</sup> s. que s'opère insensiblement le grand changement qui fera du grenier, en Languedoc comme au Nord, une des pièces maîtresses de l'institution des gabelles<sup>1)</sup>.

### 3°. *Les fonctionnaires des gabelles.* <sup>2)</sup>

On voit, par la marche générale de l'histoire des gabelles en Languedoc, telle que je viens de l'esquisser, que les greniers ont

<sup>1)</sup> A la fin du XV<sup>e</sup> s. il existe en Languedoc 18 greniers et deux chambres à sel (arrêt de 1503. FONTANON II, p. 786, l.) 9. La liste en a été donnée par JACQUETON. Doc. de l'adm<sup>n</sup>. financ<sup>r</sup>. en F<sup>co</sup>. de CHARLES VII à FRANÇOIS I<sup>r</sup>. app. II, p. 287. Ce sont: Sigeac, Périac, Narbonne, Capetang, Béziers, Mar-seillan, Mèze, Mirevault, Villeneuve, Sommières, Lunel, Pézenas, Marsillargues, Nîmes, Beaucaire, Pont St. Esprit, Frontignan, Lappardier. Les deux chambres, à sel sont: la Palme qui dépend de Sigeac et le Lac qui dépend de Périac (ordce. Xbre 1499, art. 4. FONT. II, p. 774). Les contrôles de 1449, 1450, 1474 et 1481 SPONT, eod. loc. p. 469) ajoutent à cette liste *Montpellier* et *Tarascon* qui ont des greniers. En 1481 il n'y a plus que Pézenas, Beaucaire, Tarascon, Lappardier, Pont St. Esprit, Villeneuve les Maguelonne et Montpellier qui laissent en fin d'année un boni. cf. DOGNON, op. cit. p. 368 et s.

<sup>2)</sup> Je n'ai étudié au texte que les fonctionnaires des gabelles mentionnés dans l'ordonnance de 1411. Il se sont peut être ou superposés ou confondus avec les agents propres à chaque salin, dont l'existence antérieure nous est révélée dès le début du XIV<sup>e</sup> s.

C'est ainsi que plusieurs documents (arch. nat. JJ. 67, n<sup>o</sup>. 111 — et Bibl. nat. fonds Doat. 102, fol. 291 et suiv.) nous attestent sur le salin de Carcas-sonne l'existence, en 1325, de deux „*conservateurs des privilèges et droits du salin*”, nommés par le roi, l'un Hugo de Carolis, viguier de Carcassonne et l'autre, Jacques de Barthélemy, avocat du roi près la sénéchaussée de la même ville. Ils ont pour mission de faire respecter la charte du salin convenue entre les *universitates* du district d'une part et l'évêque de Laon et le comte de Forez, réformateurs au nom du roi d'autre part. Je ne saurais déterminer exactement la compétence et les attributions de ces „conservateurs”: on les croirait chargés de poursuivre en justice les violations du compromis commises par les uns ou par les autres.

De même, lors de l'établissement des gabelles en 1359, le roi dut admettre que les Etats de Languedoc auraient droit de nommer des députés de chaque ordre, appelés aussi „conservateurs” et dont la fonction serait de juger en dernier ressort et sans appel toutes les contestations relatives aux gabelles. On y ajouta pour les deux sénéchaussées de Carcassonne et de Beaucaire un



été loin d'y avoir d'abord l'importance que nous leur avons assignée au Nord: ils ne se sont développés en Languedoc que tardivement. Si bien qu'il en résulte, pendant longtemps pour cette province, comme un déplacement du centre de gravité de l'institution des gabelles. La prépondérance, en Languedoc, appartient originairement au salin qui, en même temps qu'il est l'organe producteur du sel, fait aussi fonction d'entrepôt. Puis à mesure que la répartition du sel s'organise d'une manière plus régulière et que la surveillance se fait plus rigoureuse, apparaissent les greniers. Ils se font dans toute l'institution une place croissante mais sans parvenir à être, comme au Nord, l'unique base sur laquelle elle repose.

Cette différence explique d'abord pourquoi le tableau des fonctionnaires royaux des gabelles n'est pas en Languedoc le même qu'au Nord. Tandis qu'au Nord ceux qui apparaissent les premiers et qui y restent toujours au sommet de la hiérarchie ce sont les grénétiers, en Languedoc on ne parle des grénétiers qu'au XV<sup>e</sup> s. et ils n'y ont qu'une situation subordonnée. Par contre, c'est surtout au personnel des salins et à la surveillance des salins que la loi s'attache. La lecture de l'ordonnance de 1411 impose cette remarque. Il y est abondamment question des „*officiers du sel*”. L'ordonnance a pour premier souci de leur accorder protection contre toute vexation ou toute charge imposée par le seigneur voisin ou par les officiers royaux ou municipaux et de les exonérer soit de services publics jugés un peu lourds, soit de l'impôt du sel (art. 1—7; 12; 19). Parmi tous ces privilégiés on rencontre les *hommes des salins* (art. 3), les *notaires* (art. 5), les *gardes du*

*visiteur* nommé par les communautés des deux sénéchaussées, chargé de découvrir les fraudes commises sur les divers salins.

Enfin, au point de vue fiscal, chaque sénéchaussée (il y en avait cinq à cette époque: Carcassonne, Toulouse, Beaucaire, Rodez et Cahors) nomma des receveurs particuliers des gabelles et les Etats choisirent un receveur unique ou trésorier général qui fut en 1359 ce Jean de la Croix dont j'ai parlé à propos de la contestation soulevée par le fermier Francisci. Ce receveur général devait verser ses recettes au trésorier des guerres, car le produit des gabelles était destiné à solder les frais de guerre. (Hist. du Languedoc. VAISSETTE, IX, p. 693 et X, Preuves. col. 1167, n<sup>o</sup>. 471 et col. 1175.

Au cours du XV<sup>e</sup> s. ces divers fonctionnaires disparurent dans bien des salins, d'autant mieux que l'autorité des villes ou des Etats vis à vis du roi eut tendance à diminuer. cf. DOGNON, op. cit. p. 369 et 369bis.



*sel* (art. 14), les *receveurs, contrôleurs et mesureurs* (art. 16) et enfin les *visiteurs généraux* et le *visiteur suprême*.

Comme fonctionnaires des greniers, en dehors des mesureurs que je viens de citer, les *grénétiers et contrôleurs* ne sont mentionnés que par le seul art. 15. Sans insister sur les „hommes du salin” qui comprennent les ouvriers saliniers, les propriétaires et même les marchands et conducteurs du sel et qui ne sont pas à proprement parler des fonctionnaires royaux malgré leurs privilèges, on y remarque les *notaires* qui ont mission de rédiger les contrats de vente du sel qui serviront de base à la perception du droit du roi, ou aussi tous contrats relatifs aux salins eux-mêmes. L'ordonnance les affranchit à perpétuité du paiement du „marc d'argent”. La fonction des „*gardes du salin*” consistait à mesurer le sel enlevé, (ordce nov. 1498 art. 17. FONT. II, p. 768) à en surveiller l'enlèvement, à veiller à ce que le sel ne fût pas dérobé ou livré subrepticement sans contrôle, à délivrer les „billettes” que les marchands portaient aux grénétiers du dehors, à recevoir et à conserver les récépissés que ceux-ci devaient leur retourner, leur voyage achevé. Le service des gardes était lourd. Pendant longtemps leur nombre resta insuffisant, alors pourtant que s'accroissait leur tâche, à mesure que l'activité des transactions devenait plus intense sur le salin. On s'est plaint souvent du relâchement de leur surveillance: l'ordce du 6 janv. 1497 constate que „faute de suffisantes gardes, quantité de sel étant sur les salins était prise, emportée et distribuée furtivement... et que les saliniers salinans à qui était ledit sel, faisaient petite diligence de le garder”. J'ai dit plus haut que le service des gardes prenait fin, quand tout le sel dut être engrangé, avec le mois d'octobre, tout le sel restant sur les „coffes” du salin à cette date devant être noyé (ordce 6 janv. 1497, art. 7 et 8 nov. 1498, art. 8). Les gardes ont compétence pour rechercher et dénoncer les fraudes et reçoivent la moitié des compositions ou condamnations qu'elles auront entraînées (ordce 1411, art. 8). Ils sont sous la surveillance du „visiteur” qui a pouvoir de les instituer et de les destituer „à sa franche volonté et bon plaisir” (ordce 1411, art. 14). Les gardes du salin ont été pendant longtemps les organes essentiels du fonctionnement des gabelles. Les *receveurs et contrôleurs*, chargés de percevoir les deniers du roi jouaient le même rôle que tous les receveurs des finances, dont



la surveillance de trésorerie incombait à la Chambre des Comptes. A mesure que s'établirent et se développèrent les greniers, apparaissent et croissent en nombre et en importance les *grénetiers*, les *contrôleurs* des greniers et aussi les *mesureurs*. Il suffit pour eux de renvoyer à ce que j'en ai dit pour les pays du Nord : les mêmes ordonnances les régissent tous. Cependant on verra plus loin que, soit par suite de la moindre importance qu'on attache à leur gestion, soit par l'effet du voisinage de l'administration moins rigoureuse des salins, au cours du XVe s. on incrimina les greniers de Languedoc d'abus que ceux du Nord ne semblent pas avoir connus, au moins au même degré. Enfin au cours du XVe s. aussi apparut une dernière catégorie d'agents chargés de la surveillance du transport du sel par terre. Ce sont les „*gardes es passages des montaignes et issues du bas pays de Languedoc*” qui devaient vérifier les billettes et le chargement des voituriers transporteurs de sel (arrêt de la cour des aydes de Paris du 19 janv. 1503. FONT. II, p. 781). Si le contrôle eut été très rigoureusement exercé au salin, ces gardes eussent été superflus, mais on les estima nécessaires à cause des négligences qui s'étaient introduites dans toute cette administration.

Tous ces agents sont sous la surveillance d'un fonctionnaire supérieur, le *visiteur*, qu'on ne retrouve pas au Nord et qui a eu, en Languedoc, une brillante fortune. Son origine reste encore un peu obscure. Dès le milieu du XIVe s. on peut signaler en Languedoc un ou même plusieurs „visiteurs des gabelles”. Il en est question notamment en 1359 <sup>1)</sup>, où le roi, pour rassurer les populations des sénéchaussées de Beaucaire et de Carcassonne au sujet de l'égalité de répartition et de produit de l'impôt des gabelles dans les deux circonscriptions, propose aux deux sénéchaussées de préposer à la perception, dans les deux régions, un même „visiteur” choisi par elles d'un commun accord. Le roi se fera représenter auprès du visiteur commun par un contrôleur. De même le 16 mars 1362, le maréchal D'AUDENEHAM nomme, au nom du roi, un „visiteur de la gabelle sur le sel” afin d'empêcher les fraudes qui s'y commettent <sup>2)</sup>. En 1380 PONS BIORDON est ordonné

<sup>1)</sup> VAISSETTE, X, Preuves col. 1175, III.

<sup>2)</sup> VAISSETTE, IX, p. 732. Id. en 1360 J. BOUCHERY, visiteur en la sénéch. de Carcassonne, X. Pr. no. 637.



„visiteur sur le fait de la gabelle du sel” (SPONT, *Semblancay*, p. 55 note 1). Enfin dans le traité de compagnie de 1398 entre CHARLES VI et la reine de Jérusalem, à propos du tirage du Rhône et du sel de Provence qui y participe, l'art. 13 prévoit que chacune des deux parties désigne un „visiteur” pour le contrôle des gabelles. Le visiteur est donc une sorte d'inspecteur ou de commissaire aux gabelles, dont les attributions sont encore assez vaguement déterminées. Est-il nécessairement et exclusivement un fonctionnaire royal? On en pourrait douter, en se rappelant les circonstances où il apparaît et où il fait figure d'arbitre, chargé d'apaiser les conflits entre deux autorités distinctes associées à une même œuvre. Pourtant il revêt bien cette qualité dans l'ordce de 1411. Il veille à tout: il reçoit délivrance de la part du roi dans le sel produit par ses tenanciers, il parcourt les salins afin de s'assurer de leur bonne exploitation; il contrôle le paiement de la gabelle; il constitue et surveille les gardes des salins<sup>1</sup>). Par l'exercice même de ses fonctions, il est en contact constant avec les propriétaires et les saliniers et c'est à lui qu'ils apporteront leur concours dans sa lutte contre le général des finances à la fin du XV<sup>e</sup> s. Y eut-il originairement une seule ou plusieurs espèces de visiteurs? Je ne puis le dire: aucune disposition ne le règle expressément avec certitude. Mais l'ordce de 1411 me semble en supposer plusieurs: l'art. 6 règle en effet la compétence „des visiteurs généraux” et l'art. 9 réserve de même la „congnoissance, correction et pugnicion civilement et criminellement (de toutes causes salinières) „ausditz généraux visiteurs”. Peut-être y en avait-il un par sénéchaussée. Ils ont la haute surveillance des salins et même celle des greniers et connaissent de toutes causes touchant le fait et gouvernement dudit sel, délits ou crimes commis par les officiers, marchands, sauniers etc. ou „autres personnes empêchant l'exécution ou fait dudit sel...” En même temps qu'elle parle des visiteurs généraux” l'ordce de 1411 paraît superposer à ceux-ci un „visiteur” unique qu'elle ne décore d'aucun qualificatif et dont il est sûrement question dans l'art. 18. Cet art. décide en effet que „les appellations, se aucunes se font ou adviennent être faites du visiteur général

---

<sup>1</sup>) Ordce. 1411, art. 14, 16. SPONT. *La gabelle du sel en Languedoc. Ann. du Midi*. 1891, p. 473.



soient dévolues *audit visiteur* . . . Et que les appellations, se aucunes se font dud-*visiteur*, soyent dévolues à la cour du Parlement du roy . . . . ou aux généraux conseillers, sur le fait des aydes de Languedoc et d'Aquitaine". Cette différence de juridiction d'appel entre la décision rendue par le visiteur général et celle qui émane du visiteur que je veux qualifier de *suprême* ne peut s'expliquer qu'en supposant la superposition à tout l'organisme d'un visiteur supérieur<sup>1)</sup>. Quoiqu'il en soit, au cours du XV<sup>e</sup> s. la suprématie du visiteur supérieur s'affirma alors qu'au contraire les visiteurs généraux semblent avoir disparu ou peut être avoir été remplacés par les lieutenants du visiteur. Le visiteur suprême est investi de tout le pouvoir judiciaire, sauf appel au Parlement ou à la Cour des Aydes; il exerce le pouvoir législatif en matière de gabelles, puisqu'il rend des ordonnances sur le sel (art. 15) et qu'il a mission „d'interpréter les choses dessusdites" (art. 17). C'est-à lui enfin qu'appartient le pouvoir exécutif, puisqu'il peut instituer ou destituer tous officiers du sel (art. 14) et que c'est par lui que sont accordées les licences de sel octroyées aux personnes ayant des droits dans les salines (art. 11) ainsi qu'aux ouvriers et sauniers ou faisant saline (art. 12). Il serait difficile de dire ce qui échappe à son autorité.

Le visiteur est, en Languedoc, l'organe essentiel des gabelles et il constitue comme l'originalité de leur régime, puisqu'on ne le retrouve dans aucun des pays que nous avons étudiés. Il en

<sup>1)</sup> Lors de la grande lutte entre le général des finances et le visiteur, à la fin du XV<sup>e</sup> s. on discuta sur l'ancienneté de la fonction de visiteur. Le visiteur es prétendait antérieur au général. Je crois volontiers, avec SPONT, que c'est l'ordce de 1411 qui a créé le visiteur unique. (Contra DOGNON op. cit. p. 368bis. no. 3. Les visiteurs qu'il cite me semblent des *visiteurs de sénéchaussée*.) SPONT signale en ce sens un passage du réquisitoire du procureur du roi dans l'instance contre le Quercy, dont je parlerai plus loin, qui confirme cette hypothèse „ad dictas ordinationes observari faciendum . . . unus visitator generalis . . . deputatus fuerat, Ann. midi 1892, p. 436.

SPONT a dressé pour le XV<sup>e</sup> s. la liste des visiteurs suprêmes de Languedoc: ce sont PIERRE CASTELLAIN (1414—1427), HUGUES DE NOER 7 juillet 1427, CHARLES DE CASTILLON, 9 octobre 1445, JACQUES COEUR, 22 décembre 1447, P. CASTELLAIN, 1451, JEAN BRADEFAR, 20 août 1460, REMY DE MARIMONT, 3 août 1461, BERNARD DE BÉARN, 23 janvier 1468, THOMAS DE BARBISEY, 25 août 1481, ANTOINE D'ANCEZUNE, 10 Octobre 1483; GUILLAUME D'ANCEZUNE son fils, 15 octobre 1489—1515, eod. loc. p. 438, note 2.



est le grand régulateur. Son existence permet de comprendre comment le régime des gabelles a pu fonctionner si longtemps, en Languedoc, sans que les ordonnances en aient précisé les détails. Le tout était laissé au soin du visiteur qui pourvoyait, seul, à tous les besoins, au cours de ses visites et au mieux des intérêts en jeu. Les ordonnances ne sont guère intervenues que quand la gestion du visiteur apparut insuffisante ou dangereuse.

La multiplicité des fonctions du visiteur ne lui permet pas d'y suffire seul. Aussi, l'ordonnance de 1411 prévoit-elle l'institution pour le soulager, d'un ou plusieurs lieutenants (art. 11, 12, 14, 16). Elle n'indique ni leur nombre, ni leur mode de désignation. Mais, nous sommes renseignés sur ce point surtout par l'arrêt de la Cour des Aydes de Paris de 1503 : le nombre des lieutenants fut très variable. Le visiteur, alléguant la grande étendue de son ressort, en avait créé douze ou quatorze ; d'aucuns prétendent même qu'il y en eut jusqu'à trente <sup>1)</sup>. Les ordonnances de la fin du XV<sup>e</sup> s. veulent ramener ce nombre à cinq. C'était le visiteur qui les choisissait et ils ne recevaient, jusqu'à ces mêmes dernières ordonnances, aucuns gages <sup>2)</sup>. On comprend les graves abus auxquels devait prêter cette règle singulière, sur laquelle je reviendrai un peu plus loin.

Enfin, l'administration financière royale n'était pas, dans ses traits généraux, au XIV<sup>e</sup> s., différente, en Languedoc, de ce qu'elle était dans le Nord. A la tête de chacune des circonscriptions, se trouvait un général des finances, chargé de la gestion des finances extraordinaires, c'est-à-dire des impôts. Comme rien, dans les finances extraordinaires, n'échappait à son contrôle, il avait la haute-main même sur les gabelles. Pourtant, durant le XV<sup>e</sup> s., son autorité dut s'y trouver amoindrie, tant par les résistances provinciales à la gabelle que par les prévarications et la révocation de l'un d'entre eux, GUILLAUME DE CHAMPEAUX, évêque de Laon, général de 1423 à 1440, et aussi par la rivalité du visiteur dont, au contraire, le prestige s'était accru.

#### 4°. *La consommation du sel.*

Pour achever le tableau de cette organisation, il faut dire, en quelques mots, comment le sel pouvait être acquis par les consommateurs de la province. Ceux-ci ne sont tenus qu'à une seule

<sup>1)</sup> Arrêt. FONTANON, II, p. 786.

<sup>2)</sup> Eod. loc., p. 784.



obligation : n'acheter que du sel gabellé<sup>1)</sup>, sans être obligés de se fournir à tel ou tel autre entrepôt particulier. Ils ne tiennent compte, dans leur choix, que de leurs propres commodités ou de toute autre circonstance que bon leur semble. D'ailleurs, le commerce de détail, qui met la denrée à portée du plus petit et du plus éloigné, n'est ni organisé ni surveillé. La règle qui impose, aux habitants, l'usage exclusif du sel gabellé est exprimée par l'ordre de 1411 qui l'édicte formellement. Mais il est à croire qu'elle est bien plus ancienne et contemporaine de l'établissement des gabelles<sup>2)</sup>. Elle comporte, pourtant, un assez grand nombre d'exceptions. Il y a d'abord, en Languedoc, quelques pays qui, eu égard, sans doute, à leur situation géographique et aux usages qu'elle avait fait naître, ont conservé longtemps le droit de recourir au sel étranger. C'est la partie haute de la sénéchaussée de Toulouse, située sur la rive droite de la Garonne, entre ce fleuve et l'Ariège, comprenant les jugeries de Verdun, Riez et Conserans qui conservèrent, jusqu'en 1497, l'usage du sel de Roussillon et de Béarn<sup>3)</sup>. Peut-être n'est-ce que la survivance

<sup>1)</sup> Ordre. de 1411, art. 12 „Item voulons et ordonnons que toutes personnes, nobles et non nobles, ecclésiastiques ou séculiers, de quelque degré ou condition qu'ils soient, non ayans salines ouvrantes, ne soient hardis user de sel, sinon en payant la charge sur ledit sel ordonné par mond. se ou nous, sur les peines ci-dessus écrites, excepté que s'ils avaient péage ou autre revenue de sel, ils puissent du sel venant de telle revenue avoir à l'usage nécessaire d'eux et de leur famille, en la forme et manière comme il est ordonné pour les dits sauniers et ouvriers des salins (SPONT, Ann. du midi, p. 473).

<sup>2)</sup> Voir VAISSETTE, IX, p. 692. Instructions adressées en 1359, au moment de l'établissement de la gabelle. La règle formulée au texte remonte même bien au delà de 1359. Voir pour le salin de Carcassonne notamment les lettres de Charles IV en date du 1<sup>er</sup> octobre 1325 qui permettent aux habitants de se racheter de cette obligation en payant un fouage de 20 sous par feu. C'est sur ces lettres que roule tout le procès intenté contre Pons, abbé de Lizat en 1329. B. N. fonds Doat. 102, fol. 291 et suiv.

<sup>3)</sup> Ordre. 6 janvier 1497, art. 10, FONTANON II, p. 767. La condition des jugeries de Rivière, Rieux, Verdun et Villelongue en la sénéchaussée de Toulouse est assez obscure au XIV<sup>e</sup> s. En fait on n'y payait pas la gabelle. Les habitants prétendaient avoir obtenu de LOUIS, duc d'Anjou certaines „graces” qui les dispensaient. Le duc niait cette concession (1368, 14 Mai. Reg. 2. Senech. de Toulouse f<sup>o</sup>. 9. VAISS. X, Preuves n<sup>o</sup>. 535. CXXXII—II col. 1386). Malgré ce désaccord, la franchise persista, sous cette réserve de la part du duc que pour la racheter, les jugeries devraient payer un fouage de quatre gros par feu.



des anciennes libertés du comté de Foix ou du comté de Comminges.

En second lieu, on accorde le privilège de consommer du sel non gabellé, eux et leur famille, aux propriétaires ou seigneurs de salins, titulaires de redevances de sel, sauniers et ouvriers des salins, ainsi qu'aux officiers du sel. Ces exemptions sont très anciennes. L'ordonnance de 1411 a déjà essayé de les limiter, tant quant au nombre des privilégiés, qu'en réglant la manière dont s'exerceront leurs prélèvements. D'abord, chacun des privilégiés doit obtenir une licence de sel du visiteur ou de l'un de ses lieutenants<sup>1)</sup>, qui, avant de l'accorder, ne manquera pas d'en contrôler la légitimité. Le sel „à leur usage et nécessité juxta l'estat de leur personne”, doit être délivré sur la présentation de cette licence aux officiers, saliniers et ouvriers (art. 12) par „les mains du receveur ou contrôleur des esmolument dudit sel”<sup>2)</sup>. Et le sel provenant de rentes, péages, ou tout autre droit en nature, fourni directement par le producteur, les bénéficiaires ne le peuvent „recevoir en leur maison ou lieux clos à leur usage, ou autrement transporter”, sans une autre licence du visiteur ou d'un de ses lieutenants<sup>3)</sup>. Mais rien n'indique que la quantité ainsi délivrée à chacun des privilégiés ait été déjà limitée à forfait. Il semble que les bénéficiaires puissent recevoir en nature tout ce que comporte leur droit proportionnel sur la production, sous la seule réserve du contrôle du visiteur.

Quant au commerce de détail du sel, l'ordonnance de 1411 n'en parle pas. Je veux signaler, à propos de ce commerce, une ordonnance de 1429, applicable „es bailliage de Mâcon et sénéchaussée de Lyon”<sup>4)</sup>.

---

On consommait du „sel de Guyenne et d'ailleurs hors du royaume” probablement de Roussillon ou de Catalogne. Pour la géographie un peu incertaine des jugeries, voir VAISS. XII, notes p. 333, 334, 336, note 18 et *Les officiers royaux des bailliages et sénéchaussées*, etc. par GUSTAVE DUPONT. FERRIER. Paris-Bouillon, 1902. Bibl. Ec. Htes. Et. 145<sup>e</sup>. fasc. app. I, 76, p. 909, 910, p. 45 et notes.

<sup>1)</sup> Ordonn. 1411, art 11, 12, 13, eod. loc., p. 473.

<sup>2)</sup> Art. 12.

<sup>3)</sup> Art. 11.

<sup>4)</sup> Publiée par SPONT, à la suite de l'ordonn. de 1411. Déjà, dès 1341, (p. 5) le receveur de Mâcon et le sénéchal de Beaucaire font partie de la même commission d'établissement des gabelles.



Toute cette région était rattachée au Languedoc, au moins en ce qui touche aux gabelles. Le sel de Languedoc remontait jusque là et faisait échec, tant au sel de la comté de Bourgogne (salignons) qu'au sel noir du Poitou. Pourtant le roi n'y créa de greniers que tardivement. L'ordonnance de 1429 prescrit l'établissement du grenier de Ste Colombe <sup>1)</sup> pour fournir le pays de Lyon. C'est le seul qu'on trouve à notre époque. C'était, alors, presque exclusivement par les marchands transporteurs que le sel était vendu aux consommateurs. L'ordonnance de 1429 les soumet à une sorte d'exercice, en les obligeant à tenir registre de la quantité de sel vendu à chaque opération et du nom de l'acheteur (art. 2); la vente n'est prévue qu'ès villes et lieux de Lyon, Villefranche, Mascon et Tournus. La préoccupation du roi, dans ces régions, est double. Il veut rendre efficace sa prohibition de la vente du sel du Poitou, des salignons de Bourgogne et du sel de „trauge" de l'Empire. Et pour cela, il est indispensable que les marchands n'abusent pas de leur monopole de fait pour élever le prix du sel de Languedoc, et aussi qu'on n'exige pas de taxe supplémentaire de ceux qui voudraient exporter le sel du roi dans les régions voisines. L'ordonnance de 1429 n'a traité qu'à ces deux dangers, mais ne réglemente pas plus le commerce de détail que celle de 1411. Il faut, sans doute, en conclure que ce commerce est libre. C'est seulement à l'aurore du XVI<sup>e</sup> s. que l'amoindrissement du produit des gabelles poussera le roi à y intervenir pour parer à l'évasion de la matière imposable.

##### 5°. *La décadence des gabelles et ses causes.*

Tel est l'aspect des gabelles, en Languedoc, durant la plus grande partie du XV<sup>e</sup> s. Elles subirent alors une très forte crise et leur administration dut se relâcher beaucoup, car il n'y a qu'une voix, à cette époque, pour constater, et l'effondrement du produit des gabelles et les abus qui s'étaient introduits dans l'institution et qui expliquent cet effondrement. La fin du XV<sup>e</sup> s. est, au contraire, marquée par une vigoureuse réaction de la royauté en vue de mettre fin à cet état de choses.

Le produit des gabelles, en Languedoc, s'était abaissé très

<sup>1)</sup> Ste. Colombe est située sur la rive droite du Rhône, en face de Vienne et a été acquis par le roi de l'archevêque de Vienne en 1333 (*Le royaume d'Arles*. PAUL FOURNIER p. 414. 415).



sensiblement au début du XV<sup>e</sup> s. Alors qu'il s'élevait d'abord, à 90.000 l. t., SPONT fixe sa diminution progressive à la moitié, soit 45.000 l., <sup>1)</sup>, le plus faible rendement se plaçant vers 1440. C'est à cette époque que le roi, ordonnant la destitution de gréniers, contrôleurs et gardes des salins constate que „nosd. greniers sont comme du tout tournés en non-valoir, ou, au moins, tellement diminués qu'ils ne nous valent à la moitié près de ce qu'ils deussent et souloient” <sup>2)</sup>. Durant les années antérieures, les traces de cette décroissance sont nombreuses. Le cahier des doléances des Etats de Languedoc du 15 nov. 1428 demande la réforme des greniers, à l'instigation des marchands qui fournissent ces greniers: ceux-ci „sont délibérés... sinon que remède y soit mis et prestement, de laisser de faire led. sel, qui serait grand dommage irréparable au roy et à la chose publique” <sup>3)</sup>. En 1437, GUILLAUME, évêque de Laon, général des finances, déclare que le grenier de St. Esprit „est venu comme de nulle ou petite valeur”, et traite avec un marchand de sel de la ville à forfait, pour tâcher de lui rendre quelque activité <sup>4)</sup>. C'est quelques années après, que ce même GUILLAUME DE CHAMPEAUX, général des finances, fut suspendu de son office et révoqué comme prévaricateur (31 déc. 1441) <sup>5)</sup>. Depuis cette date, le rendement des gabelles augmente mais, grâce à des pratiques qui provoquent les plaintes des populations, et des Etats de la province <sup>6)</sup>. Le contrôle des greniers de 1473 que nous possédons ne donne encore, malgré l'ordonnance de CHARLES VII de 1453, dont je parlerai plus loin, qu'un rendement total de 63.577 l. 10 s. 28 <sup>7)</sup>. Et, à la fin du XV<sup>e</sup> s., la moins-value s'est encore accrue puisque un état de 1497 ne compte le versement fait par les greniers à la recette générale de Languedoc que pour 53.938 l. 4 s. 2 d. <sup>8)</sup>. Il faut arriver

<sup>1)</sup> SPONT op. cit. p. 439. DOGNON, op cit. p. 369. n. 4. De 1415 à 1419 le rendement est de 70000 l.

<sup>2)</sup> B. N. fr. 25711, 152.

<sup>3)</sup> VAISS. X. Preuves c. 2088.

<sup>4)</sup> B. N. 25.967, f<sup>o</sup> 567.

<sup>5)</sup> SPONT. eod. loc. p. 439. DOGNON, op. cit. appendice V.

<sup>6)</sup> Cahiers de doléances des Etats. Arch. Munic. Toulouse et arch. départes. Hérault, I, fol. 93 et suiv.

<sup>7)</sup> B. N. fr. 24090. fol. 99 et suiv.

<sup>8)</sup> B. N. fonds DUPUY 958, fol. 44.



à 1514 pour que le rendement se relève à 91.923 l. 1 s. 2 d. <sup>1)</sup>.

Pour comprendre cet affaïssement indéniable des recettes, il est intéressant de noter les causes qui l'expliquent et les remèdes qu'on essaya d'y apporter. On peut les trouver dans les divers documents que nous possédons.

Et d'abord, il n'est pas douteux que de grands abus s'étaient introduits tant sur les salins que dans les greniers. J'ai déjà dit (p. 151 in fine) combien, sur le salin, les détournements de sel devaient être faciles, à en juger par ce que nous rapportent les textes officiels du laisser-aller qui préside au chargement des voitures, sans mesurage préalable du sel <sup>2)</sup> et même combien on s'attache peu à découvrir, pour les réprimer, les vols sur les „coffes" ou dans les boutiques des salins <sup>3)</sup>. Le sel était une denrée trop commune, d'une valeur marchande trop médiocre, pour qu'on mît beaucoup d'âpreté à sa surveillance. Les propriétaires ou saliniers y sont indifférents; enfin il y a tant de sel qu'on ne consommera pas ce qui se perdra et qu'il est difficile de faire admettre aux populations qu'on cause un véritable tort à quelqu'un en utilisant à son profit ce surplus <sup>4)</sup>. Ce qui est plus grave encore, c'est que cet état d'esprit avait gagné même les officiers du sel. Les greniers, dont pourtant l'organisation semblait assez vigoureusement établie au Nord, subirent la même contagion. Dès l'année 1428 <sup>5)</sup> les cahiers des doléances des Etats se plaignent surtout que „es greniers à sel qui sont *assignés* à aucunes personnes, icelles aucunes d'elles font vendre et à *telle mesure et prix* que bon leur semble . . . en donnant grands avantaiges, c'est assavoir deux ou trois quintaux pour ung, dont s'ensuyt que le roi perd son droit et les marchands leur sel". Et le mal est si patent que „sont délibérés lesd. marchands, senon que remède y soit mis . . . , et prestement, de laisser de faire led. sel, qui serait

<sup>1)</sup> Idem fol. suiv.

<sup>2)</sup> Ordce. de 1499. FONTAN. II, p. 770.

<sup>3)</sup> Ordce. de 1500, art. 4. Eod. loc. II, p. 777.

<sup>4)</sup> Voir les documents de l'arrêt de 1503. FONTANON II, p. 782 „tellement estait commun d'aller prendre et robber le sel sur lesd. salins, le décharger et depêcher sans garder ordre ne mesure, au veu et sceu de chacun, que tout le peuple s'en pourvoisit sans l'aller prendre en nos greniers . . .

<sup>5)</sup> VAISS. X. Preuves. c. 2088.



grand dommage irréparable au roy et à la chose publique". Le 11 janv. 1428, MARIE D'ANJOU, donataire des trois greniers de Pézenas, Montpellier et Narbonne<sup>1)</sup>, y constate les mêmes errements des officiers...: „ont ès greniers dud. pays de Languedoc, *diminué le prix* qui souloit être sur chacun quintal de sel et aussi souvent eslargy et fait faire *plus grand mesure* ou plus petite qu'il n'estoit accoustumé". Et quelques années plus tard, en 1437, l'ordce de GUILLAUME DE CHAMPEAUX, général des finances, adressée au grénétier de Pont St. Esprit<sup>2)</sup> constate l'avilissement du produit du grenier par l'effet des mêmes abus: „on baille.... de jour en jour le sel pour *moindre prix* que ordonné n'avait été... et se font encore plus grans et *excessives mesures* de sel aux. marchands...." Peut-être même y eut-il entre les greniers comme une sorte de concurrence pour appeler à eux les acheteurs des régions voisines en rivalisant pour leur offrir des avantages illícites plus considérables. On le croirait à lire les documents que j'ai cités plus haut. Ces abus n'étaient devenus possibles que par la complicité du contrôle ou par la négligence des officiers à l'exercer. Il y fallait même de graves défaillances dans la comptabilité.

Sur ce dernier point en particulier, j'incline à penser que, dans toute la première moitié du XVe s. contrairement à ce qui se passait au Nord, on versait le sel au grenier *sans l'avoir mesuré et sans le prendre en compte à son entrée*. On aurait peine à s'expliquer sans cela les doléances de 1428: les marchands n'auraient pas manqué, s'il y avait eu une prise en charge, de signaler la différence qu'aurait révélée la comptabilité entre la quantité de sel entrée au grenier et la quantité sortie. D'ailleurs c'est seulement dans l'ordce de 1453, sur laquelle je reviendrai un peu plus loin, que le roi déclare que „*doresnavant le sel sera baillé par compte aux grénétiers, comme on fait es autres greniers de notre royaume*"<sup>3)</sup>. Et même l'ordce de 1453 fut si peu respectée

<sup>1)</sup> SPONT, p. 438.

<sup>2)</sup> B. N. fr. 25.967, f<sup>o</sup>. 567. C'est ce même GUILL. DE CHAMPEAUX dont le roi devait dire en 1441 qu'il avait donné congé de transporter du sel hors des greniers... de faire plus grandes mesures... et de rabaisser le prix de chaque, mesure. V. plus haut p. précédente.

<sup>3)</sup> Ordonnances. royaux sur le fait des gabelles et greniers à sel dans le pays



sur ce point qu'encore 50 ans plus tard l'arrêt d'octobre 1503 signale, au cours de sa procédure, que le général des finances avait été averti „que les officiers ne tenaient vraie forme de compte, en tant que *le dit sel n'était point mis ne descendu par compte ne mesure esdits greniers*, et que les grénétiers *ne faisaient registre sinon de l'issue et distribution du dit sel* <sup>1)</sup>. L'usage d'engranger sans mesurer ni prendre en compte était encore pratiqué certainement en 1497 dans les boutiques construites sur les salins. L'ordonnance de 1497 parlant de ces boutiques qu'on veut transformer en greniers, renouvelle les prescriptions de 1453, ordonne de transporter le sel en autres boutiques afin de le mesurer et „que *des lors en avant* tout le sel qui serait mis en grenier ou boutique par les saliniers salinans ou autres marchans, y serait posé, descendu, reçu par compte par les grénétiers et contrôleurs desd. greniers" (art. 1). C'est pour mieux assurer l'exécution de ces prescriptions que le roi avait fait faire dans chaque grenier deux boutiques séparées, l'une d'entrée et l'autre de sortie du sel (art. 2). La confiance du roi et des intéressés dans les grénétiers restait d'ailleurs si réduite que le roi se réservait de placer auprès du grénétier „une contre-garde, homme de bien" pour tenir le compte de l'issue, et en chaque grenier il y avait, pour la même surveillance, „un des marchands le fournissant qui ne sera du lieu où est led. grenier" (art. 5). On comprend aisément le désordre que pouvait engendrer cette omission de toute comptabilité d'entrée du sel au grenier.

En dehors des vols au salin, des détournements au moment de l'enlèvement du sel du salin par les marchands, des fuites du grenier facilitées par l'absence de comptabilité d'entrée, bien d'autres dissimulations de sel restaient encore possibles. Il semble notamment que le régime des privilégiés ait été une source fréquente de fraudes. Si l'ordonnance de 1411 interdisait à ceux-ci de fonder, sans licence du visiteur, des entrepôts on l'on put venir acheter le sel appartenant au privilégié, d'une part il dépendait du visiteur ou de son lieutenant de lever la prohibition et on n'hésitait pas à

---

du Languedoc. 1453, Arch. dép. de l'Hérault. A. 13 (sénéchée. de Nîmes tome X, fol. 97 v<sup>o</sup>).

<sup>1)</sup> FONTANON, II, p. 782, l. 11 et suiv.



reconnaître qu'ici aussi la collusion était à craindre<sup>1)</sup>. D'autre part la quantité nécessaire à la vie du privilégié et de sa famille, qu'il pouvait percevoir non gabelle, restait imprécise et soumise à l'arbitraire du lieutenant du visiteur. Enfin les quantités octroyées étaient parfois délivrées par le producteur lui-même au salin sans contrôle et de même, en fait, l'habitude de livrer le sel sans mesurage permettait à l'intéressé de se saisir d'une quantité supérieure à celle qui lui était attribuée. Le privilégié une fois nanti de son monceau de sel n'avait pas de peine à se défaire de ce qu'il ne pouvait consommer; il le vendait en fraude, et faisait profiter l'acheteur d'une partie de l'aubaine; ajoutez enfin qu'à mesure que le nombre des greniers s'accrut, la circulation du sel dans l'intérieur du pays devint plus active, sans être pour cela beaucoup plus sérieusement contrôlée et rendit plus aisé le transport et le commerce clandestins.

6°. *La réaction contre cette décadence.*

J'ai déjà dit qu'au milieu du XV<sup>e</sup> s. une réaction assez vive se produisit, qui entraîna la destitution du général de Languedoc, GUILLAUME DE CHAMPEAUX, celle de bon nombre d'officiers de finances et l'institution d'un contrôle plus sévère et plus régulier des gardes des salins, grénétiers, gardes des passages de l'intérieur. C'est à ce même mouvement qu'appartient l'ord<sup>re</sup> de 1493. Le résultat fut d'abord d'entraîner de nombreuses poursuites individuelles qui ne furent pas sans provoquer quelque trouble dans la province. Les Etats s'en émurent: ils prétendaient que la présentation par les transporteurs des polices délivrées aux salins ne pouvait être exigée „for que par les chemins ou passaiges, sinon qu'il y eust évident soupçon de aucune faute, ou, au plus fort, ne se doivent ne peuvent demander que aux charretiers, triguiers ou autres *qui achètent aux salins* et non pas aux autres”<sup>2)</sup>. Et de fait, de quoi pouvait bien être muni un revendeur ou même un simple consommateur qui venait de recevoir son sel du mar-

<sup>1)</sup> Voir dans SPONT, p. 440 et suiv. la mention des visites organisées à cet effet de 1446—1462.

<sup>2)</sup> Spont p. 441. B. N. fr. 26076, 5682. Arch. municip. Toulouse cahiers de doléances. Arch. dép. Hérault. Doléances, I, fos. 93 et suiv.



chand, puisque c'était celui-ci seulement qu'on obligeait à prendre „une billette” au salin? Et cependant quelle aisance était ainsi accordée aux faux-sauniers!

D'un autre côté la réaction dont je parle accrut la tendance de l'administration des gabelles à renforcer, même au delà de ce que permettaient les ordonnances, les mesures générales de contrôle. C'est ainsi que le visiteur voudrait exiger un „billet” pour chaque achat de sel au grenier même par un autre qu'un marchand; qu'il veut fixer le prix du sel es marches de Toulouse et de Carcassonne, alors que les marchands, le sel une fois pris au salin ou au grenier et gabellé, sont libres de le vendre au meilleur prix qu'ils peuvent; qu'il veut surveiller la vente au détail et trafiquer à son profit de l'octroi de licences qu'il fait payer un écu; qu'il prétend délivrer des congés pour vendre le sel au détail dans le Velay, le Vivarais et le Gévaudan, bien que dans ces pays qui sont hors des limites des greniers à sel du Languedoc, le sel se vende en liberté comme toute autre marchandise; et même que, pour faciliter le contrôle, il voudrait dénombrer les feux du Languedoc et fixer approximativement, le produit moyen de chaque paroisse: c'est la voie qui conduit à l'établissement du „sel d'impôt”. Aussi bien, en Languedoc même, s'était-on résolu à ce procédé du sel d'impôt à titre exceptionnel, pour les pays de Saulce et de Fénolhièdes, limitrophes du Roussillon par la haute vallée de l'Aude et où on n'avait trouvé que ce moyen de parer à la fraude. C'est seulement l'ordre du 9 octobre 1501 qui ramena ces pays au droit commun et y abrogea ce sel d'impôt.

Grâce à cet ensemble de pratiques, le produit de la gabelle augmenta un peu, sans que l'amélioration fût vraiment durable. Les exactions que je viens de signaler s'accrurent aussi. Ce mode arbitraire de prévention de la fraude, par des procédés purement administratifs qui ne changeaient rien aux vices originaires de l'organisation, troublait les populations sans apporter d'amélioration durable au système. Aussi, toute la crise n'eut-elle son réel dénouement que dans les dernières années du XVe s. lorsque furent édictées les importantes ordonnances de LOUIS XII qui traduisent pratiquement les principes déjà énoncés dans l'ordonnance de 1453 et lorsqu'éclata la retentissante querelle entre le général des finances, JACQUES DE BEAUNE, plus tard seigneur de Semblançay et le



visiteur suprême, GUILLAUME D'ANCÉZUNE. Ce sont les deux points sur lesquels il me reste à m'expliquer.

7°. *L'ordonnance de 1453: la prise en compte de tout le sel au grenier — le sel des privilégiés — la vente au détail.*

Dans l'ordre des mesures législatives, après l'ordonnance de 1411 que j'ai étudiée, la plus importante est celle du 30 mai 1453 <sup>1)</sup>, donnée à Lézignan, par le roi, en son conseil. Elle amorçait une série de réformes dont l'application n'arrivera vraiment à maturité qu'à la fin du siècle. En laissant de côté ce qu'elle répète relativement à l'obligation des officiers à la résidence au lieu de leur office et à leur présence au moment des ventes de sel, ou au sujet du respect dû aux ordonnances rendues par les visiteurs, notamment à celles qui datent des dix dernières années, elle proclame, enfin, le principe de la *prise en compte* du sel par le grénétier <sup>2)</sup>; tente de *régulariser les prélèvements des privilégiés* <sup>3)</sup>, en obligeant ceux-ci à laisser, au grenier, qui le vendra à leur profit, tout le sel qui surpasse leur consommation personnelle; s'occupe du *régime de la vente au détail* du sel <sup>4)</sup>, en même temps qu'elle prohibe la formation d'entrepôts, à moins d'une journée de marche du salin ou du grenier, et essaie, enfin, d'établir un

<sup>1)</sup> Deux ordcs. intermédiaires: celle du 4 juin 1430 (Arch. dép. Hérault rég. sénéchaussée de Toulouse II — 57—63) et celle du 30 nov. 1436 (B. N. 25967—567) ont fixé le droit du roi et celui du marchand respectivement à 15 s. 6 d. et 2 s. 5 d. obole pite tournois par quintal. SPONT, p. 438. Cela met le droit du roi à 45 l. 6 s. et celui du marchand à 7 l. 5s. par muid.

<sup>2)</sup> Item que doresnavant *le sel sera baillé par compte* aux grénétiers, comme on fait es autres greniers de notre royaume (Arch. dép. Hérault — A. 13 — Sénéchaussée de Nîmes, tome X folio 96 r<sup>o</sup>).

<sup>3)</sup> „Qu'aucune personne, de quelque estat et condition qu'il soit, ne sera exempt de nos gabelles et sel, sinon tant seulement les saliniers salinants et les maistres qui font faire les salins et ceux qui, sur lesdits salins, ont rentes et revenus et ayent seulement leur provision, et surplus sera vendu en gros comme il est accoutumé de faire, eod. loc.

<sup>4)</sup> „Item que à une journée ou environ de chacun desdits greniers et chambre à sel ou salins, ne sera souffert avoir grande quantité de sel, fors seulement pour en vendre et distribuer au menu peuple en détail, comme d'un demy-quart de quintal et au-dessous et que, en chacune ville, ayt cinq ou six revendeurs dudit sel”.



contrôle approximatif des *opérations des greniers*, au moyen des *listes d'habitants*<sup>1)</sup> que chaque conseil devra fournir. En réalité, la royauté a déjà fort bien compris quels principes sont nécessaires au fonctionnement de l'institution, comment la rigueur dans la comptabilité de la prise en charge du sel au grenier, l'extension de la mainmise du roi à tout le sel, même à celui qui appartient aux privilégiés, et la réglementation de la vente au détail, sont seules de nature à démasquer la fraude. Mais tout cela n'est, dans l'ordonnance, qu'en raccourci et on comprend que les excellentes intentions des rédacteurs soient demeurées peu efficaces, faute qu'ils en aient précisé avec assez d'abondance l'application, dans une série coordonnée de mesures de détail. Il faudra longtemps pour qu'on y parvienne.

Malgré la persistance des abus que j'ai signalés et la clairvoyance de la royauté, les réformes nécessaires ne furent imposées et réalisées que quarante-quatre ans plus tard, à l'instigation du général de Languedoc, JACQUES DE BEAUNE, qui inspira la rédaction des cinq ordonnances de janvier 1497, novembre 1498, avril 1499, décembre 1499 et janvier 1500<sup>2)</sup>. JACQUES DE BEAUNE succède à PIERRE BRICONNET dans la charge de Général des finances, à la fin de 1495<sup>3)</sup>. Celui-ci avait déjà signalé au visiteur que d'importantes fuites se produisaient au salin, surtout au Peccais. Et de fait, il était facile de constater que, durant ces dernières années, le produit des gabelles avait de nouveau fléchi (il n'est que de 53.938 liv. en 1497): aussi, presque dès son entrée en charge, JACQUES DE BEAUNE s'efforce-t-il d'entraîner le visiteur à une action énergique.

#### 8°. *L'ordonnance de 1497.*

L'ordonnance du 6 janv. 1497, qui est sortie de cette collaboration, s'efforce, d'abord, de parer à *l'absence habituelle de mesurage* du sel au grenier; au *vol* du sel sur les „coffes” du salin et à *l'entrée frauduleuse du sel étranger* de Roussillon

<sup>1)</sup> „Item que les consuls des villes et chasteaux dud. pays seront contraints à bailler le manifeste des habitants de leurs villes et communautés pour connoistre es livres de la vérité des grénetiers et controlleurs ceux qui auront gabellé sel ou non”...

<sup>2)</sup> FONTANON II, p. 765—780.

<sup>3)</sup> SPONT, *Semblançay*, p. 25.



d'Aragon ou de Béarn. Contre le premier danger, indépendamment de la division du grenier en deux boutiques distinctes, l'une pour le sel de sortie, l'autre pour le sel d'entrée, on fait surveiller, comme je l'ai dit plus haut, tant l'entrée que la sortie, par une „contregarde” ou par un des marchands dont la comptabilité autonome servira à contrôler celle du grénétier. On veille au second en construisant, sur le salin, une maison pour le garde, à qui on impose de l'habiter et en contraignant les saliniers à rentrer tout leur sel en boutiques à la fin d'octobre <sup>1)</sup>. Enfin, c'est pour éviter le troisième qu'on supprime la faculté laissée aux jugeries de Verdun, Riez et Conserans de consommer du sel de Roussillon <sup>2)</sup>; mais ce n'est encore que l'organisation du premier principe de l'ordce de 1453: la vigilance dans la prise en compte de tout le sel.

#### 9°. *L'ordonnance de 1498.*

L'ordce de 1497 n'est guère que le prélude de l'activité fiscale de JACQUES DE BEAUNE. L'année suivante la mort de CHARLES VIII et l'avènement de LOUIS XII, en privant le visiteur, GUILLAUME D'ANCÉZUNE, de puissants protecteurs, permit au général d'accentuer la réforme pratique qu'inaugurait l'ordonnance de 1497 et d'engager, contre le visiteur qui résiste à ces changements, une lutte qui devait durer jusqu'en 1503 et se terminer à la satisfaction du général. L'ordce de 1498 est bien plus complète que la précédente. Elle fait figure de règlement général. Elle ne peut être comparée qu'à celle de 1411 dont d'ailleurs elle reproduit quelques dispositions. C'est ainsi que d'abord le roi prend de nouveau, expressément, sous sa sauvegarde, les officiers du sel (art. 29), les dispense de l'exercice des diverses charges publiques ou privées (art. 27), de toute contribution aux emprunts, impôts ou subsides (art. 26 et 28), consacre, à nouveau, le droit de juridiction des officiers

---

<sup>1)</sup> Pour se remplir des frais qu'entraîne, pour eux, cet emboutiquement, les saliniers salinants ou marchands, sont autorisés, par l'article 8 à percevoir un denier tournoi par quintal vendu au grenier qui sera pris, partie sur le droit du grénétier, partie sur le droit du roi.

<sup>2)</sup> Voir p. 162, note 3. „Et si l'on n'y avait plus tôt pourveu, ç'aurait été la faveur que notred. visiteur avait eue par la moïen de ses parens, estant lors en autorité avec notred. cousin et feu seigneur qui l'avoient empesché”. Arrêt de 1503. FONTAN., p. 783, l. 65.



en matière de sel (art. 30) et la mission des notaires (art. 23 et 29). Elle renforce, de même, le contrôle organisé par l'ordonnance de 1497, en prescrivant le mesurage du sel, avant sa livraison, aussi bien au salin qu'au grenier (art. 1), en surveillant le transport du sel, du salin au grenier ou „es bonnes villes accoutumées” (art. 3, 4, 6, 13, 14, 20 et 34); en exigeant la vigilance des gardes, leur présence au mesurage et la gratuité de leurs services; en leur interdisant les professions de marchand ou d'hôtelier (art. 7 et 16); et en prescrivant la visite mensuelle des boutiques des fermiers (art. 17). Mais, surtout, si l'on néglige les détails pratiques qui se rapportent tant à la comptabilité qu'à la livraison du sel (art. 21, 22, 9, 10 et 11) ou la prohibition générale d'user de sel non gabellé, adressée à tous les habitants (art. 31), on rencontre, dans l'ordonnance, deux séries essentielles de mesures nouvelles dont l'intérêt apparaissait, au roi à l'instigation du général, comme capital.

La première série n'est que la mise en œuvre pratique des deux derniers principes de l'ordonnance de 1453: la limitation des droits des privilégiés et la réglementation de la vente en gros ou en détail du sel. On organise d'abord le second principe posé en 1453 et resté jusque là à l'état d'affirmation purement abstraite, comme l'ordonnance de 1497 avait organisé le premier: on maintient bien, à tous les anciens privilégiés, leur droit au sel non gabellé; mais, d'une part, tout le sel qui revient en nature au privilégié doit être *versé au grenier* qui le vendra pour le compte du privilégié. Les gens des comptes „trouvèrent qu'il n'estoit possible de tenir iccluy compte au vray, sinon que généralement *toute la distribution du Languedoc* passast par les greniers et par roolle signé et expédié chascun an par led. visiteur et général”<sup>1)</sup>. De l'autre, la quantité jugée nécessaire à l'entretien de chaque privilégié sera fixée par un rôle dressé au mois de novembre de chaque année, non plus par le visiteur ou son lieutenant seul,

<sup>1)</sup> Arrêt de 1503. FONTANON II, p. 782. Ordonnance de 1498. FONTANON p. 769, art. 12. Item et que toutes les provisions du sel qu'il convient bailler aux vrais saliniers salinans pour l'année qu'ils salineront, aussi à gens d'Eglise ou nobles, ou autres ayans rentes ou revenus de sel, se prendront aux greniers ou boutiques mesurées et non ailleurs et ce du congé et licence de nosd. général de nos finances aud. pays et visiteur de nos gabelles par tout le mois de novembre et par un roolle signé de leurs mains une fois l'année tout seulement.



mais en collaboration par ce visiteur et le général et cette quantité allouée sera délivrée à l'intéressé par un grenier qui l'aura auparavant mesurée et la portera en compte de sortie du grenier.

Quant au troisième objet de l'ordonnance de 1453 c'est à dire à la réglementation du commerce du sel, il convient de s'y arrêter un instant. Le commerce de transport du sel est loin d'avoir eu dans le Midi la belle organisation syndicale que nous lui avons trouvée au Nord. Les textes officiels n'en font pas mention. On se rappelle (1341. p. 138) que les saliniers de la région avaient de toute ancienneté coutume de porter leur sel au marché de Montpellier pour l'y vendre. Il est à croire qu'il en était de même ailleurs, chacun portant sa denrée à la ville la plus voisine. Lorsque les greniers eurent été fondés dans les principales villes, des usages s'établirent relativement à leur fournissement, qui prirent peu à peu force légale : c'est ainsi que l'ordonnance de 1498 suppose reconnu que les saliniers d'un salin doivent porter leur sel d'abord au grenier établi sur le salin, puis aux autres greniers qu'ils ont l'habitude de fournir. Elle leur interdit même de le porter ailleurs sous peine de confiscation du sel et d'amende arbitraire sans que nous connaissions aucune ordonnance qui ait établi cette réglementation (art. 3). Des usages analogues et aussi impérieux avaient dû s'établir dans les villes où il n'y avait aucun grenier. J'ai déjà signalé <sup>1)</sup> le contrôle qu'exerçait parfois l'autorité municipale sur les arrivages et l'emboutiquement privé du sel. La même ordonnance de 1498 impose à ces marchands saliniers le respect de la tradition commerciale avec la même rigueur qu'à ceux qui fournissaient les greniers (art. 4). Elle réglemente tout ce trafic, en se bornant à consolider les usages antérieurs qui se sont d'ailleurs formés à côté de l'autorité législative et sans elle. Quand on eut fondé les greniers, il fut bien tentant de leur réserver la fourniture des habitants de toute la région. C'est pour cela que l'ordonnance de 1463 prévoit pour chaque ville 5 ou 6 revendeurs, dont d'ailleurs elle n'organise ni l'institution ni la surveillance, les laissant sans doute à la sollicitude du visiteur. Mais d'une part, il ne pouvait être

---

<sup>1)</sup> Art. 20. La garde instituée en la ville remplit la mission de contrôle qui appartient ailleurs au grenier : c'est elle qui réclame au marchand à son arrivée, les billettes, qui fait mesurer et emboutiquer le sel et tient registre du tout.



question d'étendre ce système aux régions où il n'y avait pas de grenier, car il aurait fallu auparavant assurer et régler le transport en gros qui ne l'était pas encore et, d'autre part, l'arbitraire du visiteur ne donna pas dans les villes à grenier de si heureux résultats qu'on eut tendance à le propager davantage. De sorte que les choses y restèrent en cet état inorganique jusqu'en 1498. On tenta alors de supprimer les revendeurs dans le voisinage des greniers, en autorisant ces greniers à vendre directement à la petite mesure (art. 11)<sup>1)</sup>. La surveillance de la circulation du sel devait en être singulièrement facilitée. Enfin l'année suivante l'ordonnance de déc. 1499 qui intervient en pleine lutte du général et du visiteur, renouvelle la suppression des regratiers dans les villes à grenier (art. 6)<sup>2)</sup>, et n'autorise le lieutenant du visiteur à commissionner dans les autres villes que deux marchands par ville, dont il ne réclamera aucun avantage pour leur institution et qui prêteront serment de ne vendre que du sel gabelle. Quant aux habitants de la campagne, ils viendront prendre leur sel ou au salin ou au grenier voisin ou chez un des marchands de la ville la plus proche.

Enfin lorsque tout est ainsi organisé, que tous les greniers sont fournis, que les marchands saliniers ont porté le sel nécessaire aux villes qu'ils ont accoutumé de fournir, il n'y a aucune raison

<sup>1)</sup> Art. 11. Item y aura esd. greniers une mesure d'un quintal, une autre de demy-quintal, une autre d'un quart de quintal et une autre de demy-quart de quintal pour vendre sel au menu aud. grenier, pour éviter qu'il n'y ait revendeurs là où sont lesd. grenier...

<sup>2)</sup> Ordonnance déc. 1499 art. 6. Font. p. 774. Item et pour ce que lieutenans et greffiers avaient accoustumé chacun an de donner lettres et congé à plusieurs marchands et habitans des villes et communautés de vendre sel en détail, et en prenaient deux ou trois escus pour chacune lettre, qui estoit au détriment de nosd. greniers, pour ce que communément lesd. vendeurs à détail achetaient le sel de larrons et faux saliniers, et qu'es lieux où il y a greniers, l'on y peut aisément pourvoir, ... nous avons ordonné et ordonnons que doresnavant es lieux où il y a greniers à sel, ne seront données aucunes provisions et lettres pour vendre à détail, et es autres villes et lieux où il n'y a aucun grenier, en sera seulement donné deux lettres en chacune ville sans en prendre par lesd. lieutenans aucun profit et avantage. Et en ce faisant lesd. marchands à qui seront baillées icelles lettres, en les prenant jureront sur les Saintes Evangiles de Dieu que sous couleur desd. lettres... ils ne vendront ni distribueront aucun sel dont notre droit de gabelle ne soit payé.



d'empêcher les propriétaires de disposer du reliquat du sel. Aussi l'ordonnance de 1499 (art. 7) permet-elle au visiteur et au général d'en autoriser l'exportation par mer moyennant un droit de 5 deniers par quintal. Il faut néanmoins pour cela que les entrepôts soient approvisionnés pour cinq ans. L'usage d'exporter s'était d'ailleurs auparavant établi sur licence du visiteur. Le roi estime que la licence avait donné lieu à bien des fraudes, les marchands revendant le sel dans le pays au lieu de l'exporter pour bénéficier du droit de gabelle qu'ils se trouvaient ainsi n'avoir payé que fort diminué. L'ordonnance de 1499 essaie d'y parer en associant le général au visiteur pour l'octroi de la licence et en exigeant la justification de l'exportation effective du sel par la production d'un certificat des gardes du port <sup>1)</sup>.

La seconde série de mesures prises par l'ordonnance de 1498 a pour but d'associer d'une manière complète le général au visiteur dans tout le contrôle de l'administration salinière. Il en est ainsi pour l'octroi des licences aux marchands de porter leur sel ailleurs qu'au marché accoutumé (art. 3), pour la fixation des provisions annuelles auxquelles auront droit les privilégiés (art. 12), pour la remise par les gardes des passages des billettes qu'ils auront reçus (art. 14) pour l'octroi de la commission de leur charge (art. 32); pour la fourniture aux grénétiers et contrôleurs de leurs livres d'entrée et de sortie du sel (art. 9) et enfin pour la compétence qui devient concurrente entre le général et le visiteur au sujet de tous délits saliniers commis par les officiers du sel ou toutes autres personnes ainsi que de toutes poursuites civiles y ayant trait (art. 35). Le général de Languedoc est expressément nanti des attributions que chaque général possède dans les autres généralités. Quant aux appels ils seront portés devant la Cour des Aydes de Languedoc et non pas devant le Parlement (art. 36). La réforme était d'une très grande portée, c'était presque une révolution. Avant elle et durant tout le XVe s. on sait que le visiteur est une sorte de vice-roi des gabelles. Longtemps sa toute-puissance n'a été limitée même par aucune ordonnance royale. Quand la marche des gabelles s'est faite plus régulière, on a toujours réservé le droit pour le visiteur de déroger à la règle en octroyant des

<sup>1)</sup> FONTANON, p. 774.



licences à qui il veut et dans toute l'indépendance de son bon plaisir. Tous les fonctionnaires des gabelles sont nommés par lui et ne sont responsables que devant lui. Il est de toute ancienneté en rapport avec les producteurs de sel; rien au salin ne lui est étranger et il est même l'intermédiaire traditionnel entre la royauté et les Etats de Languedoc en matière de gabelles. Il est enfin juge de toutes les contestations salinières; on lui reconnaît même une sorte de droit de grâce en matière délictuelle, puisqu'il a droit de composer à son gré avec les coupables. L'établissement et le développement des greniers aurait pu menacer cette omnipotence. Les greniers appartiennent en Languedoc à une formation secondaire; les grénétiers, comme dans le Nord, sont en relations directes avec le général. Pourtant, même à la fin du XVe s., la prépondérance du visiteur est si bien établie que même les grénétiers sont tombés sous son contrôle. Même vis à vis du grénétier, le général fait figure un peu effacée. Le prestige du général en Languedoc avait été atteint par les scandales du milieu du XVe s. qui ont conduit à la révocation de GUILLAUME DE CHAMPEAUX en 1441 pour concussion. A la faveur de ces circonstances, le visiteur avait pu complètement s'affranchir du contrôle du général et se poser en rival vis à vis de lui. Rival heureux d'abord, mais que son peu de souci des intérêts royaux dont il avait la charge, devait bientôt mener à sa perte. L'ordonnance de 1498 est le résultat d'une longue et vive campagne menée par JACQUES DE BEAUNE et dont on trouvera l'intéressante narration dans les études de SPONT<sup>1)</sup>. Je me borne ici à y renvoyer. Mais il est peut-être utile, sans entrer dans le détail de la lutte, d'en rappeler les phases successives.

#### 10°. *La lutte entre le général et le visiteur.*

Si on veut résumer les abus que j'ai indiqués plus haut et dont tout le monde s'accordait à demander la réforme, on peut dire que grénétiers, gardes des salins ou gardes des passages ne veillaient avec assez de sollicitude ni à la conservation ou au

---

<sup>1)</sup> *Semblançay*, Paris 1895. Hachette p. 57 et suiv. et *La gabelle du sel en Languedoc. Ann. du Midi*, 1892, p. 444 et suiv.



mesurage du sel apporté ou enlevé, ni à la comptabilité des entrées et des sorties, ni au fournissement équitable des privilégiés, ni enfin à la poursuite du sel enlevé et au recouvrement des billetes ou à la vente au détail. De sorte qu'on n'appliquait, du régime des gabelles, que ce que la bonne volonté ou la mollesse des officiers jugeait équitable ou possible d'en exiger. Ce relâchement dans le recouvrement des impôts tenait sans doute d'abord au peu de conscience professionnelle des officiers, à de mauvaises habitudes courantes dont il aurait été injuste de rendre le visiteur complètement responsable et aussi à la réglementation trop flottante et trop incomplète des ordonnances. Mais il était sensible aussi que le mal s'était développé parceque le visiteur n'avait pas su s'y opposer et parfois même s'était laissé aller aux mêmes penchants et au même désordre: il avait été insuffisant à son rôle de régulateur et de contrôleur suprême. Le général des finances averti par la décroissance du produit de l'impôt, pressé par le roi qui était à court d'argent, et en mesure, par son habitude des affaires de finance, de dépister les diverses origines de tout ce discrédit, hésitait pourtant à engager la lutte. Les charges de général des finances de Languedoc et de visiteur des gabelles appartenaient à de grandes familles puissantes à la cour et qui comprenaient le danger qu'elles couraient à s'affronter<sup>1</sup>). JACQUES DE

<sup>1</sup>) La charge de général des finances de Languedoc appartient à la fin du XV<sup>e</sup> s. aux BRIÇONNET, une des meilleures familles de la bourgeoisie financière de Touraine qui comptait dans son sein un cardinal (GUILLAUME DE BRIÇONNET, év. de St. Malo, conseiller du roi, promu cardinal le 16 janvier 1495. Lettres de CHARLES VIII, tome IV, p. 151, lettre 41) et un chancelier (ROBERT BRIÇONNET, archev. de Reims 1493. Chancelier août 1495, mort en 1497. Lettres de CHARLES VIII III p. 358). GUILLAUME BRIÇONNET est général des finances en 1486, année où d'accord avec le visiteur il fait faire au St. Esprit et au Peccais trois mesures de cuivre dites „patron léal” (Ann. Midi, p. 442); après lui, la charge passe à son frère PIERRE BRIÇONNET, puis le 18 Xbre 1495 à son beau-frère JACQUES DE BEAUNE (GUILLAUME BRIÇONNET avait épousé RAOULETTE DE BEAUNE soeur de JACQUES DE BEAUNE. SPONT. Semblancay tableau p. 287.). La charge de visiteur appartient aux D'ANCÉZUNE (ANTOINE D'A. 10 octobre 1483 — GUILLAUME D'A. son fils 15 octobre 1489—1525. Ann. du midi p. 438). Les ANCÉZUNE sont originaires du Comtat-Venaissin et n'ont été naturalisés qu'en 1493. Ils sont neveux d'ETIENNE DE VESC, président de la chambre des comptes depuis 1489 et parents du seigneur DE GRIMAULT, sénéchal DE BEUCAIRE (DE BOISLISLE. notice sur ETIENNE DE VESC. p. 13, 192. n. 3.) on compte dans leur famille ROSTAND D'ANCÉZUNE



BEAUNE et GUILLAUME D'ANCÉZUNE s'accordent d'abord à proposer au roi l'ord<sup>ce</sup> de 1497 qui ne s'efforce que de mettre fin aux abus des subalternes. Mais l'ord<sup>ce</sup> fut peu appliquée: c'est seulement en 1500 qu'on procéda à la construction des boutiques qu'elle prescrivait et on était sans force pour exiger le mesurage et la surveillance par les subordonnés, alors que les abus n'étaient pas sans profit pour ceux qui avaient mission de contrôler. C'est sur ces entrefaites que CHARLES VIII vint à mourir. Le nouveau roi était plus ardent que son prédécesseur pour poursuivre l'assainissement des finances publiques et en outre le crédit des ANCÉZUNE était amoindri par le changement du haut personnel gouvernemental. JACQUES DE BEAUNE croit le moment favorable pour avancer hardiment et seul, cette fois, dans la voie des réformes. Le coup porté directement au visiteur par l'ord<sup>ce</sup> de 1498 est rude puisque, non content d'une réglementation générale sur le sel des privilégiés ou sur le commerce en gros ou en détail du sel, le roi dépouille le visiteur de la plupart de ses prérogatives, de son droit de contrôle, d'octroi de licences, de choix et d'institution des commissionnés qu'il devra désormais partager avec le général pour l'exercer. Le visiteur résista à l'attaque et comme il avait, du chef même de sa fonction, le devoir de veiller aux gabelles; comme aussi il avait le droit de défendre les prérogatives de son office, il requit en janvier 1499 <sup>1)</sup> „la correction et

---

évêque DE FRÉJUS, puis archev. d'EMBRUN, ambassadeur de CHARLES VIII à Rome; GIRAUD D'A. son frère, maître d'hôtel du roi, envoyé en ambassade à Florence au même moment, 7 mars 1494 — et CHARLES D'A., seign. de Marguerites et de Vauvert en Languedoc, maître d'hôtel du roi en 1495 (Lettres de CHARLES VIII. IV. p. 11. 8 févr. 1494. let. 745 — p. 26 7 mars 1494. let. 756 — III. p. 285. 12 juill. 1492. let. 682).

<sup>1)</sup> Je date de janvier 1498 et non 1499 la requête du visiteur parcequ'elle est certainement antérieure à l'ord<sup>ce</sup> du 7 avril 1499 qui accorde, par interprétation de l'ordonnance de nov. 1498 attaquée, quelques satisfactions au réclamant. Cette ordonn<sup>ce</sup> du 7 avril 1499 pourrait bien, à la rigueur, être reportée à l'année suivante où la fête de Pâques qui marque le changement du millésime ne tombe que le 19 avril. Mais ce rejet aurait le grave inconvénient de la renvoyer après les Etats de Cordes (15 octobre 1499) et après l'ordonn<sup>ce</sup> du 4 nov<sup>bre</sup> 1499 qui en a été la suite, alors qu'il est bien plus satisfaisant pour la marche des événements de la placer auparavant et que FONTANON n'hésite pas à lui donner ce rang chronologique. Le doute qui subsiste cependant provient de ce double fait qu'il y a eu en 1499 deux jours portant la date du 7 avril,



réparation de certains articles des ordonnances faites pour l'entretien des gabelles." Il sut même entraîner avec lui les églises de Narbonne, Agde et Béziers et d'autres propriétaires saliniers salinans dont les prescriptions de l'ordonnance relatives au mesurage, à l'emboutiquement, à la délivrance du sel de privilège troublaient les habitudes: tous joignirent leurs syndics au visiteur dans la requête présentée au roi. Il faut croire que cette alliance ne fut pas sans inquiéter JACQUES DE BEAUNE, car il y répondit par une double manœuvre qui devait dissocier les plaignants, et permettre au général une plus puissante offensive. On notera au passage quel curieux exemple fournit cette affaire de la bienveillante tolérance de la royauté. L'ord<sup>ce</sup> de 1498 a été portée par le roi dans l'exercice normal de sa pleine souveraineté. Et pourtant, on permet aux sujets qui l'estiment injustifiée et se prétendent lésés par elle, de la traduire devant une sorte de commission arbitrale devant laquelle les officiers du roi d'une part et les mandataires des plaignants de l'autre discuteront du sort qu'il faut réserver à cette ordonnance. L'affaire fut portée devant le conseil du roi, accompagnée d'une enquête faite par M<sup>e</sup>. BERNARD NICOLAÏ, lieutenant du sénéchal de Beaucaire<sup>1)</sup>. Sur la demande des parties, le roi constitua une commission de jugement composée de LAUBESPIN, conseiller au Parlement de Toulouse, de LÉONARD BARONAT, maître des Comptes à Paris et de PIERRE DE ST. ANDRÉ, juge mage de Carcassonne. La commission dut écouter le visiteur avec quelque faveur, puisque, après qu'elle eut fait rapport au grand Conseil<sup>2)</sup>, le général se décida aux deux manœuvres auxquelles je faisais allusion plus haut. La première consista à faire venir les saliniers et propriétaires et à obtenir leur désistement moyennant la promesse de corriger et d'amender l'ordonnance

---

l'un après le 31 mars (date de Pâques), l'autre avant le 19 avril de l'année suivante — et de cet autre fait que le texte de l'arrêt de 1503 attribue à la requête le millésime de 1499 et non 1498 comme je le préfère.

<sup>1)</sup> Le sénéchal de Beaucaire était ETIENNE DE VESC, parent d'ANCÉZUNE. VAISS. tome XI. texte p. 166.

<sup>2)</sup> FONTANON, arrêt de 1503, p. 785, l. 48 et s. On constatera que l'arrêt ne rapporte pas les dates avec une très grande sûreté, puisqu'il parle (ligne 52) d'Etats tenus à Montpellier en 1500, alors qu'il s'agit manifestement des Etats de Cordes du 24 octobre 1499 (VAISS. XI, texte p. 166).



de 1498. C'est en exécution de cette promesse que fut rendue l'ordonnance d'avril 1499 qui concède qu'on pourra substituer au mesurage du sel à son entrée au grenier, sa mise au salin en sacs de dimensions déterminées; qui tempère l'obligation d'avoir emboutiqué tout le sel fin octobre au salin, en tenant compte des empêchements légitimes; qui adoucit les règles touchant les provisions de sel des saliniers et propriétaires notamment du chapitre d'Agde, mais au contraire s'oppose à la „multiplication des lieutenans du visiteur et officiers de la visite... qui n'ont aucuns gages... dont s'ensuyvent continuellement plusieurs abus...”<sup>1)</sup>. Après avoir privé le visiteur de l'appui des privilégiés qui l'abandonnent, le général sut, par une seconde manoeuvre, se faire soutenir dans sa lutte par l'administration provinciale. Les Etats de Languedoc réunis à Cordes le 24 octobre 1499, présidés par GUILLAUME BRIÇONNET, évêque de Lodève<sup>2)</sup> se plaignirent dans leurs doléances „de la grande multiplication des lieutenans, commis et officiers du visiteur, des fautes, abus et désordres qu'on y a tenus par cy-devant et continuent encore de présent”<sup>3)</sup>. Comme satisfaction accordée à ces doléances, le général obtint l'ordre de

<sup>1)</sup> FONT., p. 771. La bienveillance du général et du roi vis à vis des propriétaires se manifesta à nouveau l'année suivante, lors de la réunion des Etats à Montpellier en octobre 1500. Le roi provoqua à cette occasion une grande assemblée des „gens d'Eglise et autres propriétaires”... en bien grand nombre de gens de bien. On y rédigea, d'accord avec les commissaires du roi aux Etats, des „additions” aux ordres antérieurs (17 janvier 1500) ayant trait à l'emboutiquement du sel sur le salin; à la surveillance du mesurage au grenier par les saliniers; à la réduction du nombre des lieutenants; à l'obligation imposée aux lieutenants de venir rendre compte tous les 2 ans de leurs procédures devant la Cour des aydes; aux provisions octroyées aux propriétaires, notamment en sel blanc d'écume pour la table, enfin aux divers modes de chargement du sel acceptés sur les divers salins. FONT p. 777 et suiv.

<sup>2)</sup> Il était fils du général de Languedoc et par conséquent neveu de JACQUES DE BEAUNE, SPONT., SEMBLANÇAY. Tableau p. 287.

<sup>3)</sup> Ordre déc. 1499 — préambule — FONTANON II, p. 775. VAISS. XI, texte p. 166, an. 1499. C'est d'ailleurs depuis longtemps que les Etats se plaignent des exactions du visiteur, et de ses lieutenans. Voir 1482. Remontrances n°. 16... exactions, roberies et pilleries qui se font chacun jour par aucun député es affaires du sel, sous umbre et couleur de certaines commissions qu'ils dient avoir du maître visiteur des greniers et gabelles à sel... veulent contraindre les voituriers à prendre lettres de congé de vendre sel à détail du pays, en prenant à leur prouffit un escu de chacune lettre de congé... VAISS. XII. Preuves col. 232.



décembre 1499 „sur le règlement des officiers des gabelles et autres points concernant icelles”. La lutte se précisait et s’envenimait. L’instance engagée devant le grand conseil suivait son cours et les plaintes contre le visiteur s’aggravaient. On reprochait ouvertement maintenant au visiteur 1°. de ne pas remplir son office, en s’abstenant des visites régulières auxquelles il était tenu : au lieu d’une ou deux visites par an de chaque salin ou grenier, le visiteur n’en avait fait aucune depuis cinq à six ans<sup>1)</sup>. Cette négligence avait eu pour résultat qu’au lieu de poursuivre la fraude, les lieutenants et le receveur composaient avec les délinquants en s’attribuant à eux-mêmes une partie du profit<sup>2)</sup>; 2°. d’avoir créé une multitude de lieutenants (DE BEAUNE prétendait qu’il y en avait eu trente et D’ANCÉZUNE n’en avouait que douze ou quatorze) dont les ressorts étaient mal délimités et qui „s’empêchaient les uns les autres”, et tout cela sans autre utilité que de tirer finances de leurs offices, au grand dommage des habitants et du roi, puisque les lieutenants, ne recevant aucun gage, se payaient nécessairement ou sur l’habitant ou sur le trésor du roi<sup>3)</sup>; 3°. enfin d’avoir trafiqué de la vente des licences tant aux privilégiés qu’aux marchands au détail<sup>4)</sup>. L’ordonnance de

<sup>1)</sup> Arrêt de 1503. FONT. p. 782 in fine.

<sup>2)</sup> Eod. loc. „et qui pis est, sous couleur de justice, iceux lieutenans ou aucune d’eux, quand ils trouvaient les officiers abusans, ils les composaient à quelque amende pécuniaire et la butinaient ensemble... et aucunesfois prenaient icelle amende par les mains du receveur desd<sup>es</sup> amendes qui lors estoit serviteur domestique de notred. visiteur et autresfois ne les condamnoient ne composoient, mais en prenaient quelque don gracieux... les condempnations... estoient fondues entre les mains dud. receveur... et ne l’avaient pu... les gens des Comptes contraindre à en compter, pour ce qu’il n’était bien cautionné et qu’il se tenait avec led. visiteur hors de nos pays et obéissance...” Le visiteur lui-même résidait à Capderousse, au comté DE VENISSE (comtat VENAISSIN). Item „advenoit bien souvent que nos officiers en aucuns nos greniers recélaient la moitié ou la tierce partie du sel gabellé et vendu es dits greniers.” FONT. p. 784, l. 31.

<sup>3)</sup> Eod. loc. FONT. p. 786, l. 8 et suiv.; id. p. 784, l. 48, „lesquels Lieutenants quand ils chevauchent par le pays sous ou avec ledit visiteur, ils se faisaient défrayer aux grénétiers et contrerolleurs auxquels donnaient licence de vendre du sel pour ce faire et butinaient les droits de notred. gabelle avec les officiers de nosd. greniers.”

<sup>4)</sup> Eod. loc. p. 784, l. 51 et s. avec ce lesdits lieutenants baillaient lettres à plusieurs dud. pays de Languedoc pour vendre sel en menu et en détail, dont



décembre 1499 fut la plus rigoureuse contre le visiteur: elle obligeait le visiteur à ses deux visites annuelles; elle limitait à cinq le nombre des lieutenants, fixait leur siège et leur ressort (Pont St. Esprit; Montpellier; Narbonne; Toulouse et Villefranche de Rouergue pour la surveillance des limites du sel de Languedoc) et réservait au roi leur institution en en dépouillant le visiteur. Le général aura mission de présenter au roi deux candidats à chaque poste vacant, alors que le visiteur recevra le serment de l'institué<sup>1)</sup>. On fixe à 40 l. t. les gages du lieutenant et à 10 l. t. ceux du greffier<sup>2)</sup>. Quant aux licences, aucune ne sera plus donnée aux privilégiés dont le droit sera fixé par un rôle annuel dressé par le général; et pour les permissions d'exporter l'excédent du sel, les „lettres de congé” en seront aussi données par le général. Seules émaneront du lieutenant du visiteur les deux licences de vente au détail accordées dans les villes dépourvues de grenier<sup>3)</sup>. On interdit aux mêmes lieutenants de recourir aux compositions vis à vis des délinquants: ils doivent les condamner ou les acquitter<sup>4)</sup>. On porta même atteinte au droit de juridiction du visiteur en alléguant qu'il l'exerçait mal et hors du territoire: „se tenait hors de notre royaume au lieu de Capderousse qui était au comté de Venisse, auquel lieu il faisait comparoir et ajourner aucunesfois nos subjects pour plus les travailler, et faire condescendre à son vouloir, qui estoit contre nos ordonnances et privilèges de notred. pays de Languedoc”<sup>5)</sup>.

Comme on peut le supposer, l'ordonnance de décembre 1499 n'eut pas pour effet de calmer le visiteur qu'elle s'efforçait de diminuer. On dut même craindre de sa part de nouveaux efforts

pour l'expédition et signature en prenoient un escu d'or et le greffier... un autre escu; p. 783, l. 58. Et n'y faisait rien ce que led. visiteur... avait voulu dire qu'à lui seul appartient de bailler licence aux propriétaires... car sous couleur de lad<sup>e</sup> provision, on avait trouvé les abus qui s'en étaient suivis...

<sup>1)</sup> FONTAN. II, p. 773, on transforme les offices des gardes des greniers en commissions à temps accordées par les mêmes hauts fonctionnaires, général et visiteur. FONT. p. 784, l. 4 et s.

<sup>2)</sup> „Leur avons donné gages afin qu'ils fussent féaux et n'eussent cause d'abuser.” FONT. p. 783, l. 49.

<sup>3)</sup> FONT. p. 774, art. 3, art. 6 et art. 7.

<sup>4)</sup> FONT. art. 2.

<sup>5)</sup> FONT. p. 784, l. 26.



pour ramener à sa cause les saliniers qui l'avaient abandonnée, car une nouvelle ordonnance de janvier 1500 augmente leurs avantages (voir p. 182 n. 1). Le visiteur renouvela et compléta sa requête en mai 1499 et l'année suivante, après la réunion des états en octobre 1500, adressa à la commission un mémoire pour justifier sa demande<sup>1)</sup>. En dehors de la diminution de valeur de son office qu'entraînaient les limitations apportées à son autorité, il faisait ressortir que, de tout temps, c'est à lui seul qu'avait appartenu le droit de juridiction et non au général<sup>2)</sup> et prétendait même que l'office de visiteur en Languedoc remontait jusqu'en 1363 et était plus ancien que celui de général<sup>3)</sup>. Il se plaignait de l'esprit de suspicion qui avait animé les ordonnances à son égard", comme si son dit office (celui du général des finances) était irrépréhensible et l'office dud. visiteur était de rapine<sup>4)</sup>. C'est à ce moment sans doute que se place l'incident dont SPONT (p. 447) a trouvé mention aux Archives Nationales (a. nat. v. 1042). GUILL. D'ANCEZUNE obtint du représentant du pape en Avignon un monitoire excommuniant ceux qui déposeraient contre lui et refusa d'obéir aux injonctions de la cour des aides de Montpellier relatives aux mesures. Le procureur général du roi au grand conseil requit contre lui la suspension de son office et une amende; à quoi D'ANCEZUNE répliqua en accusant le général JACQUES DE BEAUNE d'avoir suborné les témoins. Le procureur prit la défense du général qui de son côté avait, en réponse, adressé au grand conseil une demande reconventionnelle en dommages intérêts contre le visiteur. Le visiteur dut par la suite faire à ce sujet amende honorable au général (17 juin, 16 août 1501). D'ailleurs les Etats de Languedoc réunis au Puy (sept. 1501) avaient encore signalé de nouveaux abus du lieutenant de Narbonne, qui provoquèrent l'ordre de Lyon (9 oct. 1501) destinée à écarter les menaces de

<sup>1)</sup> FONT. p. 785, l. 35 et 36.

<sup>2)</sup> „Car l'office de visiteur était sur le fait et administration de toute justice concernant le fait des gabelles à sel et l'office dud. général sur le fait seulement de nosd. finances, comme étaient nos autres généraux sur le fait de nosd<sup>es</sup> finances en notre pais de France qui n'ont aucune juridiction. FONT. p. 786, l. 27.

<sup>3)</sup> FONT. p. 785, l. 59.

<sup>4)</sup> FONT. p. 787, l. 38.



sel d'impôt dans la région de Fénoilhède, Sault et Termenez, et celles de l'exigence de billettes des habitants des villes à grenier et à réglementer le régime de la vente au détail dans les villes dans un rayon de 5 à 6 lieues autour des salins et dans les villes de greniers. (SPONT ann. midi p. 478). Les deux adversaires avaient dû chacun recourir à de puissantes interventions, si l'on en juge par les involutions de procédure que nous révèle l'arrêt de 1503. La commission originaire de jugement n'avait pas mis grande hâte à se prononcer; pourtant on croirait qu'elle dut être défavorable au visiteur car celui-ci la récusait „prétendant contre eux (les commissaires) certaines causes de soupçon” et obtint du roi son remplacement par une seconde commission composée de NICOLE DE ST. PIERRE, conseiller au Parlement de Toulouse, PHILIPPE DES ESTARS conseiller au grand conseil et JEAN CAILLE, greffier au criminel du Parlement de Toulouse<sup>1)</sup>. La première commission ne s'estima pourtant pas désaisie et paracheva son enquête. Ce que voyant, le visiteur fit appel de cette enquête au grand conseil<sup>2)</sup>. Pour lui répondre, le général fit de son côté appel de l'enquête de la seconde commission<sup>3)</sup>. C'est pour sortir de cette complication que le roi se décida à désaisir les deux commissions. Tant enfin qu'en 1502 le roi manda aux conseillers de son grand Conseil de renvoyer l'affaire à la cour des Aydes de Paris, à laquelle on adjoindrait trois maîtres des comptes et trois conseillers au Parlement<sup>4)</sup>. On recommença le procès devant la nouvelle juridiction entre les deux adversaires aigris et dont la grande préoccupation pour chacun était désormais de démontrer la supériorité et la plus grande ancienneté de son office par rapport à l'autre. On batailla devant la nouvelle juridiction jusqu'en octobre 1503, jour où intervint enfin l'arrêt. Il était plutôt d'ailleurs une transaction entre les deux adversaires qu'une condamnation ferme de l'un ou de l'autre. Les ordonnances subsistaient mais atténuées. Les livres des grénétiers étaient fournis par la chambre des Aydes de Montpellier<sup>5)</sup>, les provisions des saliniers soumises à

<sup>1)</sup> FONT. p. 785, l. 18 et s.

<sup>2)</sup> FONT. p. 790, dern<sup>e</sup> ligne.

<sup>3)</sup> FONT. p. 791, l. 4 et s.

<sup>4)</sup> FONT. p. 788, l. 2 et s.

<sup>5)</sup> FONT. p. 792, 1<sup>o</sup>.



une licence conjointe du général et du visiteur<sup>1)</sup>; c'est au général qu'incombait surveillance des gardes des passages ainsi que des billettes<sup>2)</sup>. Par contre la juridiction reste au visiteur sous appel à la Chambre des Aydes, mais avec interdiction de l'exercer hors du royaume notamment à Capderousse<sup>3)</sup>; il a de même le droit en cas de besoin de désigner des regrattiers et celui d'accorder des congés de transport par mer sous les cautions et certificats de contrôle exigés par l'ordonnance<sup>4)</sup>. Mais le visiteur est tenu à une visite par an; il n'a droit qu'à 7 lieutenants qui ne pourront pas se substituer un suppléant et qui pourront être désignés par le général, s'il est présent au pays lors de la vacance<sup>5)</sup>. En somme, comme le dit SPONT., le visiteur sortait de la lutte amoindri, mais non pas écrasé — on avait mis un terme à sa toute puissance, mais il conservait sa charge, et ses attributions, si elles devaient parfois s'exercer conjointement avec le général, n'étaient pas sensiblement réduites. En fait il eut été bien difficile de se passer du visiteur: le général résidait trop peu dans sa province et était bien plutôt auprès du roi. Dix ans après eut lieu une nouvelle enquête contre le visiteur<sup>6)</sup> dont je ne connais pas le résultat<sup>7)</sup>.

### III. LE RESSORT DU SEL DE LANGUEDOC; SON EXPORTATION HORS DE LA PROVINCE.

La production, la vente et la consommation du sel réglées comme je l'ai dit, dans la région languedocienne, il restait une difficulté à résoudre. Il n'était pas douteux que le sel produit n'y fût très supérieur en quantité à ce qu'exigeait la consom-

<sup>1)</sup> FONT. p. 791, 2<sup>o</sup>.

<sup>2)</sup> FONT. p. 792, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>.

<sup>3)</sup> FONT. p. 792, 5<sup>o</sup> et 9<sup>o</sup>.

<sup>4)</sup> FONT. p. 792, 7<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup>.

<sup>5)</sup> FONT. p. 792, 6<sup>o</sup>.

<sup>6)</sup> B. N. fr. 25719.195. SPONT. p. 448.

<sup>7)</sup> La liste de l'avalanche d'ordonnances qui, au cours de cette lutte, se sont abattues sur les gabelles de Languedoc est la suivante: 1<sup>o</sup> ord. 6 janv. 1497. L. XXI, p. 91 et suiv. FONT. II, p. 765; 2<sup>o</sup> 8 nov. 1498. L. XXI, 131—137. FONT. II, p. 768; 3<sup>o</sup> 7 avril 1499. L. XXI, p. 208. FONT. II, p. 771; 4<sup>o</sup> X<sup>b</sup>bre 1499. FONT. II, p. 773; 5<sup>o</sup> 17 janv. 1500. L. XXI, p. 266 et s. FONT. II, p. 777; 6<sup>o</sup> 9 oct. 1501 Lyon. SPONT. ann. Midi, p. 478.



mation intérieure. Que faire de l'excédent? Il pouvait être funeste au rendement de l'impôt en Languedoc de laisser cette richesse sans débouché et d'autre part il convenait et il pouvait être utile d'en surveiller l'emploi. Le meilleur moyen d'empêcher ou de réduire la fraude, en accroissant le revenu du roi, eut été de pouvoir offrir aux saliniers un placement avantageux de leur sel au dehors, à des conditions telles qu'ils eussent tout intérêt à ne livrer à la consommation intérieure que la quantité qui lui était strictement nécessaire et de prélever sur cette exportation un droit de douane acceptable. Mais on sent bien qu'une telle organisation supposait chez le roi une expérience du commerce du sel qu'il ne pouvait acquérir qu'à la longue.

D'un autre côté, si la royauté voulait faire de la gabelle un impôt général et étendre son monopole à toutes ses provinces, il était nécessaire pour elle de veiller à l'approvisionnement régulier des provinces qui ne produisaient pas de sel et on devait naturellement pour cela songer à utiliser l'excédent de celles dont la consommation n'absorbait pas la production. Il fallait établir une sorte de répartition du sel sur tout le territoire, en affectant à chaque région surproductrice une zone voisine et suffisante dont elle assumerait la charge. Ici encore il devait falloir bien du temps avant d'arriver au tableau définitif et satisfaisant.

La royauté commença par ignorer ces problèmes et par laisser l'initiative privée s'essayer à les résoudre. Aussi bien elle s'en était de tout temps chargée. Puis une série de mesures intervinrent, chacune enlevant un fragment nouveau à l'initiative privée et étendant à un autre cas le régime de la réglementation royale. En général la royauté fut favorable à l'expansion du sel de Languedoc, tant en France qu'au dehors, et s'ingénia à lui assurer des débouchés. J'ai déjà dit que, réserve faite des jugeries de Verdun, Riez et Conserans, le sel de Languedoc était le seul dont la consommation fut autorisée sur le ressort des trois sénéchaussées de Toulouse, Narbonne et Beaucaire qui constituent le noyau primitif du Languedoc. Mais la situation géographique de la province permettait d'espérer pour le sel de Languedoc une diffusion plus lointaine. D'un côté en effet les trois sénéchaussées se trouvaient en relations de voisinage et d'affaires avec des régions totalement dépourvues de sel, comme le Rouergue, le Quercy, l'Auvergne,



le Gévaudan, le Vivarais, le Velay, le Forez, le Lyonnais et le Mâconnais, sans compter tous les pays de la rive gauche du Rhône qui se rattachaient autrefois à l'Empire. Et pour la partie orientale de toute cette région, on bénéficiait pour le transport de la grande artère fluviale que constituait le Rhône. De l'autre, tant la sénéchaussée de Lyon que le bailliage du plat pays en Dauphiné se trouvaient jouxter des pays étrangers, comme la Savoie ou la Suisse dont on pouvait s'efforcer de gagner la clientèle. Par contre, ces perspectives risquaient d'être sérieusement obscurcies, si l'on ne veillait pas à la concurrence tant du sel de Bourgogne ou du sel de Poitou au Nord que du sel de Provence ou sel d'Empire au sud. Cette dernière région notamment était fort dangereuse pour le Languedoc, comme concurrente, parcequ'elle était abondamment pourvue de sel et desservie, comme le Languedoc, par le Rhône.

1) Durant le XIV<sup>e</sup> s. le régime du sel dans ces diverses provinces reste assez obscur pour nous. Cependant quelques documents l'éclairent un peu pour les *régions riveraines du Rhône*. L'établissement de la gabelle en Languedoc en 1359 paraît avoir apporté quelque trouble aux usages antérieurs du commerce. Une ordonnance du 15 mars 1367 <sup>1)</sup> nous signale des difficultés fiscales intervenues à ce sujet en Dauphiné. Auparavant c'est le sel du Peccais que les marchands ont coutume d'y mener. Le nouvel impôt perçu au salin les poussa à aller charger leur sel ailleurs, probablement en Provence. Puis, pour éviter le contrôle des fermiers des aides, au lieu de décharger leur sel à Lyon ou à telle autre ville de la rive droite, ils abandonnèrent la voie d'eau en aval de l'Isère, à Valence par exemple, et se mirent à transporter le sel par voiture à travers le Dauphiné jusqu'au Rhône en amont de Lyon, ou plus à l'est jusqu'en Savoie. Le Dauphiné

---

<sup>1)</sup> Ord<sup>co</sup> du Louvre V, p. 103 „cum in partibus Occitanis.... statuerimus certam gabellam salis.... intellexerimusque de novo quod mercatores et veterarii salis qui communiter et antea de partibus longinquis sal capere consueverint et mercari de salinis regni nostri et ibidem gabellare, modo divertuntur ab eisdem et ad alias salinas accedunt, ut evitent gabellam antedictam, per nostrum Dalphinatum transeundo.... statuimus et ordinamus.... quod.... similis gabella et per modum similem levetur et exigatur in exitibus nostri Dalphinati praedicti....”



n'était pas encore soumis à la gabelle <sup>1)</sup> (il n'avait été réuni à la couronne que depuis 1349 et on avait à cœur de le ménager). L'opération était doublement fâcheuse pour le roi, puisque d'une part les salins de Peccais y perdaient une intéressante clientèle et le roi son droit perçu au moment de l'enlèvement; et de l'autre le commerce lyonnais se trouvait privé des profits du transit et le roi du droit d'aide qu'il percevait sur la vente dans cette province. Ajoutez même que la clientèle de la Savoie s'en allait au sel d'Empire, c'est à dire de Provence et que le Lyonnais devenait le siège d'une active contrebande, les populations riveraines s'empressant de traverser le fleuve pour aller acheter à meilleur prix en Dauphiné le sel non gabellé qu'on leur offrait. <sup>2)</sup> L'ordonnance de 1367 ordonne de percevoir sur tous les voituriers de sel une gabelle à la sortie du Dauphiné, tout en maintenant aux habitants du Dauphiné leur franchise antérieure. Quatre ans plus tard, l'ordonnance du 25 juin, faisant allusion aux mêmes pratiques et signalant le développement de l'exportation du sel de Provence en Savoie ou Bourgogne par le chemin du Dauphiné, croit nécessaire d'établir une ligne de postes aux ponts sur l'Isère, depuis son confluent avec le Rhône jusqu'à Grenoble et fixe le taux de la redevance à percevoir par charge de sel (2 florins par sommée de Valence à raison : d'une sommée par six ânes; de trois sommées par charrette de trois chevaux; de deux sommées et demi par deux chevaux et d'une sommée et demi pour un cheval) <sup>3)</sup>. Il est visible

<sup>1)</sup> Eod. loc. . . . non est tamen intentionis nostrae quod dicta gabella levetur de sale dispensando intra dictum Delphinatum.

<sup>2)</sup> Ord. L. V, p. 404, Paris le 20 juin 1371 . . . comme nous soyons suffisamment informé que l'aide qui court sur le sel pour nous es diocèses de Lyon, Mâcon et Châlons nous est de moult petit pourfit, pour ce que les habitants desd. diocèses vont frauduleusement et contre raison acheter du sel en l'Empire, auquel ils marchissent si prez qu'il n'y a que rivière de la Sône ou du Rhône entre deux . . . .

<sup>3)</sup> Eod. loc. . . . du sel que l'on amène esd. diocèses par lad<sup>e</sup> rivière du Rhône, l'on paye plusieurs charges et redevances que l'on ne paye mie de celui qui est mené oudit Empire, car pour eschiver lesd. charges . . . . ils amènent le sel oudit Empire dez Avignon par terre par le Dauphiné jusqu'à la rivière d'Isère et là leur convient passer lad<sup>e</sup> rivière . . . . sans nous payer aucune charge . . . . mènent iceluy sel en la comté de Savoie, en la comté de Bourgogne et ailleurs hors de notred. royaume. . . ." L'approvisionnement du Dauphiné donna toujours lieu à des résistances de la part de la province. On aurait voulu pouvoir



dans ce document que le roi désirerait vivement concentrer à Lyon tout le trafic du sel de cette région.

Faut-il croire que ces mesures se révélèrent insuffisantes? Toujours est-il que en 1398 la question de l'approvisionnement en sel des provinces riveraines du Rhône fit l'objet d'un règlement général transactionnel, d'une entente, d'une „compagnie sur le fait des gabelles” entre le roi CHARLES VI et la reine de Sicile, comtesse de Provence. „Pour obvier aux fraudes, cautelles et malices qui sous ombre et couleur de la gabelle pour le pays de Provence . . . . commettre et perpétrer se pourraient . . . . pour extirper aussi tous débats, désaccords et dissensions . . . . après mûre délibération avec les visiteurs des gabelles”, les deux parties établissent une convention assez complexe comportant attribution à chacune d'une zone d'influence distincte et *condominium des deux sur la région* intermédiaire. On distingue trois zones: la zone du sud-est qui comprend le rivage de Provence et les Alpes; la zone centrale qui englobe toute la rive gauche du Rhône jusqu'aux montagnes et enfin la partie occidentale qui comprend la rive droite du Rhône. La première est réservée aux salins orientaux de Provence; la troisième au Peccais et la seconde est commune à la Provence et au Languedoc. Les salins de Provence eux-même sont donc divisés implicitement en deux groupes, ceux de l'est et ceux de l'ouest: à la première catégorie qui comprend les salins de Berre et d'Hyères, on réserve l'approvisionnement de la région maritime et alpestre; les autres qui comprennent la Vernède et les Stes Maries de la mer concourront avec le Peccais au fournissement de la rive gauche du Rhône<sup>1</sup>). Du côté du

---

s'approvisionner en toute liberté au salin de Berre au lieu d'être obligé de recourir au Peccais, à la Vernède ou aux Stes Maries. LOUIS XI renouvela en 1475 l'attribution du Dauphiné au tirage à la part de l'Empire; le Parlement refusa de l'enregistrer. En 1490 une nouvelle enquête révéla les mêmes difficultés. SPONT. op. cit. p. 460.

<sup>1</sup>) Ordonn. Paris 26 fév. 1400. Béziers 29 déc. 1398. L. VIII, p. 422, art. 10. Item que nul (sel) des salins de Berre et d'Ierre ne soit point traité ne jetté dud. comté de Provence pour aller es parties où led. sel desd. salins de la Vernède ou de la mer a accoutumé d'avoir cours et délivrance. Et afin que les officiers du roi en puissent être plus sûrs, les officiers de mad<sup>e</sup> la royne seront tenus de faire serment de lever semblable gabelle pour et sur le sel desd. salins d'Ierre et de Berre . . . . comme est ordonné être levé des autres salins de la Vernède et de la mer . . . .



roi, le salin du Peccais reçoit dans son lot, d'un côté l'approvisionnement de la rive droite du Rhône (*tirage à la part du royaume*) auquel il pourvoira tout seul, et de l'autre le fournissement de la rive gauche (*tirage à la part de l'Empire*) de compte à demi avec la Vernède et les Saintes Maries. La convention suppose ces zones d'influence respectivement admises et ne règle que l'organisation de la „compagnie” dans la région moyenne c'est à dire pour l'approvisionnement de toute la rive gauche du Rhône (comtat Venaissin, Orange, Valentinois, Dauphiné, Savoie, Bresse et Genevois). Tout le sel destiné au tirage à la part de Empire et qui ne doit provenir que du Peccais, Aigues-Mortes ou Mirevaux d'un côté ou de la Vernède ou des Stes Maries de la mer de l'autre, doit être concentré dans les 3 greniers de transit de Tarascon, Lapardier et Pont St. Esprit, dont le 1<sup>r</sup> est au comte de Provence, le second commun au comte et au roi et le 3<sup>e</sup> appartient au roi <sup>1)</sup>. Tout le sel destiné au tirage de l'Empire ne pourra être transporté que par eau <sup>2)</sup>. Et ce transport par eau sera facilement surveillé aux trois barrages successifs de Tarascon, Lapardier et Pont St. Esprit. On autorise pourtant le sel à destination d'Avignon et de la région à ne pas s'arrêter à Tarascon, sous la condition de prévenir le grénétier et de lui donner caution du paiement du droit de gabelle <sup>3)</sup>. A son arrivée à l'un ou à l'autre des trois greniers, le sel sera déchargé et gabellé; il paiera un droit de gabelle unique et uniforme de 16 francs par muid gros au moment où on l'emportera pour le distribuer dans les pays riverains.

<sup>1)</sup> Art. 3. Que tout le sel qui doresnavant se prendra tant es salines d'Aigues-mortes, de Peccais et de Mirevaux, comme esd. salines de la Vernède ou de la mer ou autres salines étant entre deux, *pour dépenser oudit Empire*, sera porté ou deschargé esd. greniers de Tarascon, Lapardier et St Esprit, en iceluy que le marchand à qui sera led. sel aimera le plus....

<sup>2)</sup> Art. 9. Esd. salins *ne sera pris ne chargé sel pour porter par terre aud. Empire*....

<sup>3)</sup> Art. 3. ... les marchands qui voudront aller décharger leur sel en Avignon seront tenus de soy obliger envers le grénétier de Tarascon de donner caution de lui payer le droit de lad<sup>e</sup> gabelle; et du sel qui sera porté à Lapardier ou à Pont St Esprit pour porter oudit Empire, les marchands de qui sera led. sel seront tenus de soy obliger.... de porter et décharger led. sel esd. greniers et d'en certifier par lettres des officiers desd. greniers lesd. officiers de Tarascon dedans un mois....



La provenance du chargement sera établie par un certificat fourni par les gardes du salin <sup>1)</sup>. Tout l'émolument provenant du gabelage du sel à destination de l'Empire dans chaque grenier sera partagé également entre le roi et la comtesse de Provence <sup>2)</sup>. La répartition se fera chaque mois: le grénétier de Tarascon fera parvenir à celui de Beaucaire la part du roi <sup>3)</sup>. C'est donc une sorte de forfait entre le roi et la comtesse, sans qu'on recherche, dans aucun des greniers, quelle est la part que chacun des salins du roi ou de la comtesse s'est trouvé prendre au fournissement. Chacun des greniers sera organisé comme nous le savons, avec cette différence que les grénétiers prêteront serment à la fois aux officiers des deux princes participants et seront surveillés, chacun par un contrôleur du co-associé <sup>4)</sup>. Enfin chacun des associés participera à l'établissement de deux visiteurs communs qui gouverneront tout le fait de la gabelle <sup>5)</sup> et le visiteur du roi sera autorisé par la reine à contrôler les salins d'Hyères et de Berre <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Art. 7. Aura, es salins de la mer et de la Vernède et autres salins entre deux, gardes et mesureurs, comme a es salins de Peccais, d'Aigues-mortes et de Mirevaux, et rendront lesd. gardes compte de *tout* le sel qui se chargera esd. salins et en certifieront par leurs lettres lesd. grénétiers, lesquels seront tenus de certifier par leurs lettres lesd. gardes de la réception du sel....

<sup>2)</sup> Art. 15. Item de tout l'émolument qui istra et parviendra du fait de lad<sup>e</sup> gabelle, le roy aura la moitié et mad<sup>e</sup> dame l'autre moitié et se partira led. émolument de mois en mois.

<sup>3)</sup> Art. 5. ... le grénétier de Beaucaire recevra de mois en mois du grénétier de Tarascon l'émolument et revenue qui en pourra parvenir et appartenir à la part du roi....

<sup>4)</sup> Art. 5. Que chacun desd. greniers aura grénétiers et controlleurs sermentés aux officiers de chacun desd. seigneurs.... et y sera (aud. Tarascon) le controlleur de la part du roy et le grénétier de la part de Madame. Et à Lapordier et Pont St Esprit les grénétiers qui y seront pour le roi y demourront et lad<sup>e</sup> dame y en aura controlleurs en tant qu'il touche le fait de l'Empire.... art. 3. Des gardes et mesureurs tant des salins de Peccais comme des autres salins dessusd. seront élus et institués communément par lesd. seigneurs.... et feront le serment comme dessus....

<sup>5)</sup> Art. 13. Item seront ordonnés deux visiteurs pour gouverner le fait de lad<sup>e</sup> gabelle et seront institués communément comme dessus et prêteront le serment auxd. seigneurs de bien et loyalement exercer leursd. offices.... et auront lesd. visiteurs toute puissance de gouverner le fait desd<sup>es</sup> gabelles....

<sup>6)</sup> Art 10. ...et pour ce mieux savoir, le visiteur, qui sera ordonné par le roy sera tenu et aura puissance à ce par Madame.... de voir et visiter le fait de lad<sup>e</sup> gabelle et de savoir la certainté (salins d'Ierres et de Berre).



En somme, pour la rive gauche du Rhône, le système que consacre l'ordonnance, en laissant de côté la „compagnie” qu'elle organise, est celui de la liberté du commerce du sel, sous cette triple réserve: 1° que les transporteurs doivent tirer leur sel de salins limitativement déterminés; 2° qu'après avoir pris le sel en charge au salin au moyen des billettes, ils ne peuvent en disposer, au grenier de transit qu'ils ont choisi, qu'à la charge de payer une gabelle de seize francs par muid gros, à la mesure de Peccais; 3° enfin qu'ils ne peuvent, pour le transport, se servir que de la voie d'eau <sup>1)</sup>).

Sur la zone réservée aux salins orientaux de Provence (salins de Berre et d'Hyères) et le régime auquel ils sont soumis, je ne dirai rien, parceque je suis mal renseigné et qu'aussi bien leur rayon d'action est presque en dehors des limites géographiques de ces recherches <sup>2)</sup>).

<sup>1)</sup> J'ai déjà signalé antérieurement que la redevance nommée „Blanque”, concédée aux saliniers du Peccais par le roi pour compenser la perte qui résultait pour eux de la restriction apportée à leur liberté antérieure de vente du sel par l'établissement de la gabelle, et qui consistait en un prélèvement à leur profit de 6 deniers par quintal sur tout le sel passant à Pont St Esprit, s'était introduite en Provence au profit des saliniers de la Vernède et des Stes Maries de la mer et se percevait à leur profit à Tarascon et à Lapordier. A la suite de l'établissement de la „Compagnie” on fit tomber dans une caisse commune tous les droits de Blanque perçus dans les trois greniers et on les partagea sans distinction d'origine entre tous les bénéficiaires réunis, tant du côté du Languedoc que du côté de la Provence. Ordon<sup>ce</sup> de août 1441 ou sept<sup>bre</sup> 1449 (L. XIV, p. 66 et suiv.) et St Florent près Saumur oct. 1462 (L. XV, p. 577 et suiv.).

<sup>2)</sup> L'ordonnance portant „compagnie” avec la reine de Sicile du 29 déc. 1398—16 févr. 1400 parle de „la gabelle pour le pays de Provence *nouvellement* et jusques au terme de deux ans *octroyée* à Madame la royne de Jérusalem et de Sicile.” L'octroi a dû émaner des Etats de Provence Est-on autorisé à conclure de l'expression de l'ordonnance que l'organisation à la gabelle n'y est pas ancienne? Elle devait être très voisine de celle du Languedoc, puisque depuis le visiteur jusqu'aux gardes des salins, en passant par le grénétier et le contrôleur, le personnel administratif y est sensiblement le même et qu'on y retrouve aussi le droit de Blanque au profit des saliniers. L'abbé Coriolis (traité de l'admin<sup>n</sup>. de la Provence, Aix. 1787, II, p. 4 et 5) laisse croire que le développement historique des gabelles a suivi en Provence la même marche qu' en Languedoc. Le point d'arrivée est le même, comme on l'a vu pour les greniers et les salins du Rhône. Quant au point de départ, il se place au cours



Quant à l'approvisionnement des pays de la rive droite du Rhône, il appartient au Peccais. On a réparti ces régions en deux groupes dont le régime est distinct. Le premier comprend le Gévaudan, le Vivarais, le Velay et le Forez. Les marchands qui s'y rendent habituellement prennent leur sel aux greniers de Nîmes, de Beaucaire ou de Pont St Esprit. Pourtant c'est là le résultat d'usages anciens bien plutôt que de prescriptions royales. Le transport est libre et n'est soumis qu'à la surveillance des billettes par les gardes des passages. Le second groupe contient le Lyonnais et le Mâconnais. Il est à croire que la royauté y attachait une plus grande importance qu'au premier groupe, soit parcequ'il était plus peuplé et d'un meilleur rendement, soit parceque la ville de Lyon était au XV<sup>e</sup> s. un centre commercial d'exportation très prospère et que la lutte y devait être vive avec le sel de Bourgogne, le sel d'Empire et même celui de Poitou pour la conquête des marchés des Alpes et d'Allemagne. Toujours est-il qu'au début du XV<sup>e</sup> s. en 1429 une ordonnance

---

du XIII<sup>e</sup> siècle. En 1156, Béranger II ne percevait encore à Berre qu'une *leuda* de un denier sur chaque deux sols pour la sortie. La vente du sel est donc libre. En août 1259 un contrat témoigne que le comte Charles et la comtesse Béatrice s'obligent à payer 34 deniers pour chaque muid de sel exporté par terre et 30 deniers par muid exporté par mer, ce qui pourrait constituer le prix payé par le comte, acheteur de tout le sel produit au salin, au propriétaire producteur; le comte aurait ainsi mis tout le sel dans sa main, sauf à lui à en tirer ensuite le meilleur profit du consommateur. Les greniers de Provence furent affermés de très bonne heure. SPONT. en signale une adjudication en bloc en date du 15 mai 1420 pour dix ans à trois marchands d'Aix. (Arch. dép. B. du Rhône. B. 1185. SPONT. op. cit. p. 458 note 2.) La fonction du visiteur général déclina en Provence comme en Languedoc après 1482. RAOUL BUSQUET p. 147. Quant à la détermination exacte de la zone des salins orientaux, je ne puis que signaler une enquête d'octobre 1455, citée par SPONT. (loc. cit. p. 459. Arch. Bouches du Rhône B. 1479, f<sup>os</sup> 162 à 172, id. 1219) qui constate que le sel de Berre a excédé ses limites en fournissant les diocèses de Gap, d'Embrun et de Briançon qui appartiennent encore au tirage à la part de l'Empire. M<sup>r</sup> JACQUETON signale à la date de 1475—78 5 greniers en Provence: Berre, Toulon, Hyères, Fréjus et Grasse. M<sup>r</sup> RAOUL BUSQUET (Hist. des instit. de la Provence de 1482 à 1790. Marseille 1920 BARLATIER) donne la même indication en remplaçant Grasse par Cannes.

Enfin en 1509 il y faut ajouter le grenier de Grimault (arr<sup>t</sup> de Draguignan), JACQUETON, p. 288.



royale intervint pour en régler le régime. Elle signale que l'usage s'est introduit d'amener à Mâcon et à Lyon du sel de Bourgogne ou du sel de Poitou et elle en prohibe l'emploi dans l'avenir<sup>1)</sup>. En 1462 on se souvient encore à Lyon du temps où l'on usait du sel des salignons, avant que l'ordonnance s'y soit opposée<sup>2)</sup>. En même temps, afin de protéger la population contre les abus que ce monopole va créer au profit des marchands, elle institue un visiteur spécial qui aura mission de les surveiller, qui fixera le prix maximum du sel, s'opposera à la perception indue d'un droit d'exportation (rêve) et contraindra les marchands à tenir registre des quantités de sel vendues par eux. Afin d'accroître son autorité, on punira d'une amende de 20 livres parisis les appels injustifiés contre les arrêts que le visiteur aura rendus<sup>3)</sup>. Mais sous ces réserves, le commerce du sel reste libre au profit de qui veut et sans entrave, dès que le sel a été gabelle au départ. On n'y contraint même personne au transport par eau. Enfin on prescrit la fondation d'un grenier royal à St<sup>e</sup> Colombe, sur le Rhône, en face de Vienne<sup>4)</sup>. Cette situation ne dura pas longtemps sans changement. En 1448, on mit fin au régime antérieur de liberté. En outre, en 1468, le Mâconnais tomba aux mains du duc de Bourgogne en ce qui touche aux gabelles; elles lui avaient été accordées en don en 1435<sup>5)</sup>.

Voilà dans son ensemble le système de répartition et d'expor-

---

<sup>1)</sup> Ord<sup>re</sup> de St Amand-Montrond, octobre 1429, art. 6. Et oultre pour ce . . . que plusieurs marchans et autres sel conduisans *sont coustumiers* d'amener sel esd. bailliage de Mascon et sénéchaussé de Lyon, et en leurs ressorts et appartenances, de plusieurs et diverses parties et principalement *du pays de Bourgogne* et des pays circonvoisins une manière de sel vulgairement nommé salignons de Bourgogne et une autre dit sel poictevin, lequel sel n'est pas gabelle, laquelle chose nous redonde en grand dommage . . . . avons ordonné que d'ici en avant ledit sel de Bourgogne . . . . ou aucun autre sel poictevin . . . . ne soit vendu ou permis de vendre par aucun es devand bailliage et sénéchaussée . . . . (SPONT, *Ann. du Midi* 1891, p. 477).

<sup>2)</sup> SPONT, eod. loc. p. 454. „Quand l'usage du sel de Languedoc fut introduit es lieux de Mascon et Tournus et autres lieux esquels l'on avait acoustumé user du sel des salignons . . . .”

<sup>3)</sup> Ord<sup>re</sup> 1429 art. 2, 4, 1, 3.

<sup>4)</sup> Eod. loc. art. 5.

<sup>5)</sup> Voir plus haut p. 154 note 5, tome III, 2<sup>e</sup> fascicule.



tation du sel de Languedoc dans le bassin du Rhône, tel que la royauté l'avait élaboré peu à peu dès la première moitié du XV<sup>e</sup> siècle. Il n'était pas encore d'une bien grande fermeté, surtout pour le Gévaudan, le Vivarais, le Velay et le Forez où il ne comportait que la surveillance au salin et aux passages des montagnes, sans contrôle de la vente ni du prix du sel après sa sortie de Languedoc. L'organisation était déjà plus avancée pour le Mâconnais et le Lyonnais, grâce à l'institution du visiteur. Enfin elle était plus ingénieusement conçue encore en ce qui touche aux pays de la rive gauche du Rhône. Vis à vis du comte de Provence, le roi avait pris ses garanties et la réciprocité était assurée<sup>1)</sup>. Les contrôleurs pouvaient suffire à la répartition équitable du produit de l'impôt. Et, pour se garder contre la fraude du transport de sel non gabellé, que le régime de libre exploitation et de libre transport rendait possible, on avait prohibé, pour la part de l'Empire, le transport par terre. C'était une heureuse mesure. Il était même à vrai dire plus facile qu'on ne le croirait d'abord de la faire respecter. En effet les divers salins qui fournissaient la part de l'Empire, autant la Vernède et les Stes Maries que le Peccais, Aigues-mortes et Mirevaux, se trouvaient situés sur la rive droite du grand Rhône, dont la traversée ne pouvait se faire, pour se rendre en Empire, qu'en un nombre limité de points, en des ponts connus qu'il était assez aisé de surveiller. Pourtant on a vu plus haut combien, dès 1367, le trafic par terre, en suivant la vallée de l'Isère, était important. Et puis on sait aussi comme l'on pouvait peu faire fond soit sur la conscience des gardes du salin ou des gardes des passages, soit sur la comptabilité des divers agents que le régime des billettes supposait rigoureuse.

Toujours est-il que l'effondrement du produit des gabelles que nous avons déjà constaté dans la première moitié du XV<sup>e</sup> s. en Languedoc se produisit tout aussi bien dans les greniers de transit qu'ailleurs. J'ai relaté plus haut l'aveu fait en 1437 par le général GUIL-

---

<sup>1)</sup> Voir dans l'art. 2 de l'ordonnance de 1398—1400 tout le système de récompenses stipulé pour le sel affecté à la consommation de la ville de Tarascon que la Provence veut exempter et dont le roi ne doit pas supporter la moins value.



LAUME DE CHAMPEAUX relativement au grenier de Pont St Esprit<sup>1)</sup>. Pour parer au déficit, GUILL. DE CHAMPEAUX concéda à JEHAN ROC, marchand de sel de la ville, l'autorisation de tirer du grenier, par terre, à la part du royaume, la quantité de 40 muids gros de sel, moyennant une gabelle de 40 florins par muid (le florin valant 15 sous, cela fait 30 l. par muid de 60 quintaux — soit par rapport au tarif habituel, une réduction de 5 sous 6 deniers par quintal = 15 l. 6 s. par muid)<sup>2)</sup>. Le procédé eut été onéreux si la gabelle eut correctement fonctionné. Mais, dans l'espèce, le roi était du moins sûr, par l'effet de la convention, de tirer de son grenier un revenu qu'il n'aurait peut être jamais perçu sans cela, le sel lui restant pour compte. Dans la forme, c'était en réalité un nouveau procédé qui faisait son apparition, celui du forfait. On progressa dans cette voie. En 1448 PIERRE DE VILLARS, marchand de Lyon et JERÔME CHAPPUIS DE CONDRIEU conclurent avec les officiers du roi une convention par laquelle ils s'engageaient à tirer du Peccais 900 gros muids en 3 ans (ce qui à 30 l. le muid, comme en 1429, donnait au roi 9000 l. par an). Le marché assurait au roi un revenu minimum, mais on avait dû affranchir les marchands de toute concurrence et leur réserver le monopole du tirage à la part du royaume<sup>3)</sup>. C'était en réalité un bail à ferme. Il fut renouvelé en 1459 pour 3 ans et demi sous obligation de tirer 200 muids le premier semestre et 930 muids par an, durant chacune des 3 années. On porta le droit du roi à 31 l. 10 s. par muid<sup>4)</sup>, soit pour le roi un revenu annuel de plus de 29000 l. On comprend aisément qu'un pareil accroissement dans le rendement de l'impôt n'avait pu être obtenu qu'en sacrifiant le contribuable. On avait fixé le prix de vente, suivant la ville, à un taux s'élevant de 95 l. le muid gros à 155 l.  $\frac{1}{4}$ . Les marchands paraissent avoir tiré gros profit de la ferme, car au renouvellement du bail en 1462, la ville de Lyon se plaignit de

<sup>1)</sup> B. N. 25967. 1<sup>o</sup> 567. „led. grenier de St Esprit est venu comme de nulle ou petite valeur qui est au détriment, dommaige et préjudice du roi . . . .”

<sup>2)</sup> Le muid gros, à la mesure de Peccais, la Vernède et St Marie de la mer contient 60 quintaux. Ord. L. VIII, p. 328 et 558.

<sup>3)</sup> „N'est licite ne loysible à nul autre marchand de naviguer ne tirer sel sinon auxd. marchands arrendeurs.” SPONT, *Ann. du Midi* 1891, p. 455. Arch. mun. Lyon A A. 149.

<sup>4)</sup> SPONT, eod. loc. p. 454.



la cherté du sel, laissa prévoir le redoublement de la contrebande, fit observer que „l'avantage du roi serait bien peu de chose en regard et considération à l'intérêt et dommage de son povre peuple” et demanda qu'on en revint à la liberté du tirage comme avant 1448. La requête de Lyon dut être écartée, car la ferme se retrouve aux mains d'ANTOINE DE JOYES et DUPRAT jusqu'en 1484 <sup>1)</sup>. Elle s'étend à tout le tirage à la part du royaume, aussi bien au Gévaudan, Vivarais, Velay et Forez qu'au Lyonnais et Mâconnais. Mais son produit semble s'être de nouveau bien amoindri, car on ne tire plus que 450 muids gros par an.

Le *tirage à la part de l'Empire* suivit à peu près la même marche, avec de moindres écarts dans le rendement de l'impôt. Soit par suite de l'interdiction du transport par terre qui rendait la surveillance plus facile, soit peut être aussi du fait d'un contrôle plus vigilant vis à vis des greniers qu'on avait affermé de bonne heure en Provence, il ne semble pas que les gabelles aient subi une dépréciation comparable à celle de la part du royaume. Le régime de la liberté, en usage ici comme sur la rive droite du Rhône, cessa pourtant aussi en 1448. A cette époque, on donna le tirage à ferme pour dix ans moyennant une redevance aux deux co-partageants de 76.800 livres t. pour 1600 gros muids, ce qui portait le droit du roi à 48 l. par muid gros. En outre, le preneur promettait de payer le petit blanc du Pont St Esprit et les deniers parisis dus aux saliniers. Le bail était très avantageux pour le roi et le comte de Provence. Mais depuis cette époque le rendement diminua. En 1455, le renouvellement de la ferme ne fut fait qu'à raison de 1200 muids gros au lieu de 1600 et au droit de 40 florins, c'est-à-dire 30 livres t. par muid, soit un rendement de 36.000 l. On accordait aux marchands le droit de tirer en plus  $\frac{1}{40}$ <sup>e</sup> en franchise, soit 39 muids. En 1473, nouvelle diminution : le tirage ne sera que de 1000 muids gros à 40 florins, soit un rendement de 30.000 l. avec un tirage de 150 muids en franchise <sup>2)</sup>.

Dans cette administration salinière s'étaient introduits les mêmes

---

<sup>1)</sup> SPONT, eod. loc. p. 455.

<sup>2)</sup> SPONT, p. 459—461.



abus et les mêmes fraudes qui allaient provoquer la querelle entre le visiteur et le général, notamment l'absence de mesurage et de comptabilité, aggravées par ce fait que les marchands habitaient souvent en Avignon, où ils étaient à l'abri des poursuites. De là surtout provenait la diminution du rendement. Quand la Provence eut été réunie à la couronne (1482—1486) on eut tendance à fondre les deux fermes en une seule: en 1484 et en 1485 les deux fermes furent réunies dans les mêmes mains, chacun des deux baux restant pourtant distinct. Après un essai de disjonction tenté par LOUIS XII, elles échurent plus tard toutes deux à la ville de Lyon qui tirait 450 muids à la part du royaume et 1050 à celle de l'Empire. Et enfin au début du XVI<sup>e</sup> s. en 1501 elles sont toutes deux concédées pour dix ans à P. RENOARD et P. LE MAISTRE qui doivent tirer en tout 1950 muids dont 650 pour le royaume. En 1511 le rendement augmente et s'élève à 2100 muids gros. On n'a pas encore reconquis les chiffres des années qui environnent 1450 (930 + 1600 muid = 2530) mais on a enrayé le mouvement de décadence et ramené un peu d'ordre dans tout l'organisme. En 1506 d'ailleurs on a changé le mode de tirage et abandonné le transport par eau pour en revenir à la voie de terre des deux côtés du Rhône en autorisant le passage de l'une à l'autre des deux rives<sup>1)</sup>. La grosse entrave au tirage par eau et qui poussa à y renoncer quand on eut concentré tout le commerce de transport en une seule main, c'étaient les péages établis de temps immémorial. D'Aigues-mortes à Lyon il y en avait plus de 25 à 30 qui alourdissaient singulièrement le prix de revient du sel. Le plus connu était le *petit blanc* de Pont St Esprit de 5 deniers par quintal pour l'entretien du pont. En 1448, on réforma bien les péages de Pont St Esprit à Lyon, ce qui permit, en récompense, d'élever le droit de gabelle à 37 l. 10 le muid. Mais la réforme ne pouvait être qu'insuffisante et, quand les chemins de terre furent devenus un peu moins dangereux, on prit la mesure radicale que j'ai dite. Ajoutez enfin que le régime un peu tumultueux du Rhône rendait les naufrages si habituels que l'administration des gabelles avait dû consentir

<sup>1)</sup> Voir pour le détail et la preuve de tous ces changements SPONT, p. 461 — 463.



à restituer, en cas d'accident avant l'arrivée au débarcadère, les droits perçus à l'occasion du bateau naufragé<sup>1)</sup>.

2) L'accroissement de l'aire de consommation du sel de Languedoc se poursuivit non pas seulement dans le bassin du Rhône et dans les provinces qui y ressortissaient, mais aussi au Nord et à l'ouest du Languedoc. Les trois sénéchaussées touchaient du côté du Nord à toute une région montagneuse comprenant le Rouergue, l'Auvergne et le Quercy où tout le sel devait être importé du dehors et qui avait ouverture par ses voies d'eau à la fois sur la Dordogne, la Garonne et la Loire. Du côté occidental, la sénéchaussée de Toulouse était limitrophe de la Guyenne et de la Gascogne. Dans ces dernières provinces, les salines des rivages de l'océan et de l'embouchure de la Garonne devaient s'opposer à la pénétration du sel de Languedoc. Et, même dans les premières, le sel de Languedoc devait subir une dangereuse concurrence, tant du sel bordelais que de celui des salines de Poitou et de Saintonge. A vrai dire même, la lutte était bien difficile pour le sel de Languedoc, pour cette double raison que les voies naturelles de pénétration favorisaient plutôt la Guyenne, ou le Poitou, tant par le cours de la Dordogne que par celui du Lot, du Tarn ou de l'Aveyron dont le confluent avec la Garonne se trouvait ou en pleine Guyenne ou à la porte de cette province; et aussi parceque la permanence de la domination royale en Languedoc au cours des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> s. avait permis d'y établir un régime régulier de gabelles et d'y percevoir un impôt dont le montant aggravait sensiblement le prix de revient du sel, tandisque au contraire ni en Guyenne ni en Poitou le sel n'était vraiment gabellé. De là la tendance des populations des provinces riveraines à se munir de sel noir bordelais ou poitevin, plutôt que de sel blanc de Languedoc, ce dernier revenant beaucoup plus cher que l'autre.

La royauté eut à lutter contre ce penchant qu'elle ne parvint pas toujours à réformer et il me reste à signaler quelques épisodes de cette lutte tant en Quercy, Rouergue et Agenois qu'en Auvergne.

C'est à la fin du XIV<sup>e</sup> s. que la royauté paraît avoir tenté une

---

<sup>1)</sup> SPONT, p. 449—452.



première offensive en Quercy, Rouergue et Agenois au profit du sel de Languedoc. Jusque là, le sort de ces provinces était resté incertain, puisque le traité de Brétigny (1350) les laissait encore au roi d'Angleterre et qu'elles ne firent retour à la couronne de France que par l'habile inexécution du traité. Il semble bien que jusqu'à ce moment le Quercy et l'Agenois au moins, aient été considérés comme faisant partie du duché de Guyenne (B. N. Doat. n°. 88, fol. 82. Intendit du syndic de Quercy <sup>1)</sup> et par suite aient usé du sel poitevin et bordelais. Les marchands l'apportaient du pays de Libourne qui „est assise près du pays à deux journées” (eod. loc. fol. 133. Lettres du roi CHARLES 16 janv. 1399) <sup>2)</sup> tandis que il eût fallu aller chercher le sel du Languedoc à 50 lieues et sans voie d'eau (eod. loc. fol. 83—84 intendit du syndic de Quercy) <sup>3)</sup>. Les habitants prétendent alors avoir eu de cet usage une possession de cent ans et plus. Mais il arriva que le retour du Quercy, et de l'Agenois à la couronne précéda de quelques années celui de la Guyenne et du Poitou et que, durant cette période intermédiaire, pendant laquelle le Quercy et l'Agenois d'un côté et la Guyenne ou le Poitou de l'autre étaient soumis à des souverainetés différentes et ennemies, les usages durent être modifiés et le sel blanc de Languedoc être apporté en Quercy et Agenois au lieu du sel noir de Bordeaux ou de Poitou qui étaient provinces étrangères par rapport à eux (eod. loc. f°. 106 v°. Raisons des habitants de Quercy) <sup>4)</sup>. Cette „nécessité” ne dura pas

<sup>1)</sup> „le pays de Quercy est assis en la duché de Guyenne et l'a été de tout temps, et ainsi l'a tenu et possédé feu Mgr CHARLES, en son vivant fils et frère des rois de France, dernier duc d'icelle duché (1480).

<sup>2)</sup> ... „pour ce que led. país ou la graignour partie a tousjours esté pourvue de sel noir de Libourne par la main des marchands qui l'apportent de Libourne laquelle ville est assise près dud país à deux journées”.

<sup>3)</sup> ... le pays de Quercy „est limitrophe d'Agenois et Pierregort ... 5 ou 6 lieues jusqu'à Libourne, à une journée et petits frais et portent blés vins et denrées à Libourne en échange ..... sel blanc ..... à 50 lieues ... grandes dépenses ... plus de cinq livres par charge ... possession de cent ans et plus...

<sup>4)</sup> ... le comte de Tholose n'a rien à Montauban ne au pays de Querci .... le pays n'a acoustumé de user du sel de Séjan et de Narbonne sinon au temps que les Anglais tenaient et occupaient le país dont venait le sel noir .... et ne pouvaient avoir du sel noir et ce estoit en temps de nécessité qui n'a lieu ...”



longtemps puisque le roi reprit possession même de la Guyenne. Des 1380, le sel noir de Libourne avait recommencé à approvisionner le Quercy. Mais le Languedoc, dont on s'efforçait précisément vers cette époque de développer les gabelles ne renonça pas volontiers à cette clientèle à laquelle il s'était vite habitué. Les officiers du roi en Languedoc voulurent alors contraindre les habitants à ne plus user pour „leur vivre” et même „pour leurs bestiaux” du sel noir de Libourne qui n'était pas gabellé, en se fondant sur la pratique immédiatement antérieure, les condamnèrent en cas de contravention à „emender et payer finance” et leur firent sur ce „plusieurs compositions et exploits” <sup>1)</sup>. La prétention des officiers souleva une telle opposition que les habitants du Quercy s'adressèrent au roi pour la défense de leurs usages et privilèges et que le roi en 1399 dut céder et envoyer aux officiers l'ordre de „tenir et garder iceux supplians en telles libertés usaiges et coustumes quant au fait dud. sel, comme ils avaient acoustumé d'estre tenus . . . du temps de notre très cher seigneur et père . . .” <sup>2)</sup> Ce fut le commencement d'une lutte qui devait se reproduire la même de 1452 à 1457 et de 1479 à 1487. Par deux fois, à trente ans de distance, le Parlement de Toulouse saisi du conflit, par arrêt du 2 septembre 1457 et par arrêt du 21 juillet 1487, confirma la prétention du Quercy et interdit au visiteur du Languedoc toute procédure contre le sel noir de Guyenne ou de Poitou dans cette province. Les arrêts se fondaient, après de longues enquêtes, sur l'usage immémorial, sur ce que le Quercy dépendait de la Guyenne et non du Languedoc et sur des lettres royaux qui légitimaient l'usage du sel noir, les premières en date du 16 janvier 1399, les autres en date du 21 juillet 1458 <sup>3)</sup>. Le Rouergue avait eu moins de ténacité que le Quercy et avait cédé lors de l'offensive du visiteur de 1454. Peut être sa situation était-elle moins forte, car il était à la fois plus éloigné du sel noir et plus près au contraire du sel blanc de Languedoc et il ne semble pas avoir disposé de titres aussi bien établis. La thèse du visiteur se fondait surtout sur le tort que cette solution

<sup>1)</sup> Lettres du roi CHARLES 16 janv. 1399. Doat 88. fol. 133.

<sup>2)</sup> Eod. loco.

<sup>3)</sup> D'autres encore furent expédiées au profit des diverses villes de la province, notamment Agen et Montauban.



causait aux finances royales. Dans la crise que subissaient les gabelles en Languedoc, on prétendait voir dans l'évasion du Quercy une des causes principales du malaise de cette administration. C'est pour cela que chacune des offensives du visiteur se place au moment où l'on se décide à réagir contre la dégradation du produit de l'impôt. Le Quercy répondait avec beaucoup de justesse qu'il n'était pour rien dans la diminution du produit, puisqu'en fait il n'avait jamais régulièrement payé la gabelle en Languedoc <sup>1)</sup>. Et il ajoutait que d'ailleurs le trésor du roi n'y perdait pas tant que le prétendait le visiteur, car le sel noir, s'il ne payait pas la gabelle comme en Languedoc, était du moins gabellé deux fois avant d'arriver en Quercy, une fois à Libourne et une fois à Agen <sup>2)</sup>. Toute cette interminable querelle est rapportée tout au long dans la procédure du dernier arrêt du Parlement qui nous a été conservée.

L'Auvergne dut être délaissée pendant de longues années par l'administration des gabelles. Même à la fin du XV<sup>e</sup> s. on n'y rencontre aucun grenier royal pas plus d'ailleurs qu'en Rouergue ou en Quercy <sup>3)</sup>. Comme la région ne produisait pas de sel, il y était apporté par des marchands qui, tout naturellement, l'allaient chercher dans les pays producteurs les plus voisins, dont l'accès était le plus facile et où le prix du sel était le moins élevé. A tous ces points de vue, il est facile de comprendre que le grand chemin vers ces hauts plateaux devait être la Dordogne qu'on remontait jusqu'à Bort ou ses affluents. De sorte que l'Auvergne devait être, en bonne partie au moins, desservie de la même manière que le Quercy. Pourtant, par Nîmes et Alais, s'ouvrait une autre voie d'accès qui par la haute vallée du Gardon et du Chassézat menait à celles de l'Allier et de la Loire. Et il

<sup>1)</sup> Le visiteur répliquait que cela était inexact en s'appuyant sur les registres des grénôtiers durant les années où le Quercy et la Guyenne ressortissaient à deux dominations différentes (voir les réponses du procureur du roi aux raisons du syndic des Etats de Quercy. Doat. 88. f<sup>o</sup>. 110).

<sup>2)</sup> Lettres de commission du 27 janvier 1479. Doat. 88. f<sup>o</sup>. 60 v<sup>o</sup>. „nous a été exposé ... que le sel poitevin, qu'on appelle communément sel bourdelois, est gabellé à notre profit en 2 lieux avant qu'il puisse être mené et conduit aud. pays de Quercy, c'est assavoir à Libourne où il y a grenier établi de par nous et en notre ville d'Agen, auquel lieu se lève de par nous et pour chacun quintal de sel deux gros...

<sup>3)</sup> JACQUETON op. cit. app. II p. 284 et suiv.



n'est pas surprenant qu'elle ait été suivie par le sel du Languedoc. C'est ainsi que c'est sur les plateaux occidentaux qui séparent le bassin de la Dordogne de celui de la Loire que les deux sels rivaux devaient encore s'affronter. Le marché en cause était plus important qu'on ne le croirait d'abord, à cause des grands troupeaux que ces plateaux nourrissent en été. Au cours du XV<sup>e</sup> s. encore, le visiteur dut se mettre à défendre contre l'invasion du sel poitevin les régions auvergnates les plus proches du Languedoc, celles du haut bassin de la Loire. Que s'est-il exactement passé jusque là ? Nous sommes peu renseignés. Pourtant, d'une part on n'établit dans le pays d'Auvergne aucun grenier et d'autre part une bonne partie de l'Auvergne au moins s'est sûrement soustraite, au point de vue administratif, au Languedoc : celle qui est au Nord de la Dordogne ; car dès 1355 nous savons que les gens de deça la rivière de la Dordogne se rendent et siègent aux Etats de Languedoïl<sup>1)</sup>. Par contre peut être à cette époque le sud de l'Auvergne, le bailliage des Montagnes, au delà de la Dordogne, est il encore rattaché au Languedoc<sup>2)</sup>. Mais les guerres postérieures, en réduisant le Languedoc aux trois sénéchaussées de Toulouse, Carcassonne et Beaucaire, et en faisant tomber le Quercy et le Rouergue aux mains des Anglais unit, pour leur défense commune, la Haute et la Basse Auvergne. Elles constituent alors toutes deux, par leurs délégués réunis, les Etats d'Auvergne, autonomes qui siégèrent souvent au cours du XV<sup>e</sup> s.<sup>3)</sup>. Il est à croire que la province tout entière, à cette époque, ne supportait aucune réglementation de la vente du sel et que le sel noir du Poitou ou du Bordelais avait franchi la Dordogne et conquis, à cause de son prix de revient inférieur, non seulement tout le bailliage des Montagnes, mais toute la vallée de l'Allier jusqu'au Forez.

C'est comme pour le Quercy, au milieu du XV<sup>e</sup> s., au

<sup>1)</sup> Etats généraux de la Languedoïl du 12 mars 1355 (ord. L. IV, p. 172).

<sup>2)</sup> Le comte de Poitiers (janvier 1359) déclare que le comte d'Armagnac a consenti que les sujets qu'il a dans les *Montagnes d'Auvergne* paient les tailles, impositions et gabelles que les autres habitants de ce bailliage lui ont accordées. Or le comte de Poitiers est lieutenant du roi en *Languedoc*. Ordres L. III, introd. LXXXIX. texte et note b.

<sup>3)</sup> THOMAS, *Les Etats provinciaux de la France centrale*. Catal. des sessions 1419-1459. I, p. 183 et suiv.



moment où CHARLES VII veut restaurer le produit des gabelles en Languedoc, à partir de 1445, que l'on se préoccupe d'accroître le rendement du sel en Auvergne et aussi de chasser le sel noir d'une bonne partie des territoires qu'il a su conquérir. Au commencement de 1445 le roi veut faire lever de nouveaux droits sur le sel d'où qu'il vienne, de Poitou ou de Languedoc <sup>1)</sup> et nomme quatre commissaires: CHARLES DE CASTILLON, PIERRE DES CROSSES, MORELET LE VISTE et CHARLOT DE ROLLOT qui devront en fixer le régime. Les Etats envoient au roi une ambassade „pour lui remontrer que le païs avait acoustumé ne rien paier sur le sel” et versent en plusieurs fois aux commissaires 1200 l. t. pour qu'on surseoie à la perception des nouveaux droits jusqu'à ce que le conseil du roi ait répondu aux Etats. La querelle se poursuit jusqu'au 27 février 1453, où le roi édicta une ordonnance fixant les limites respectives du sel du Poitou et du sel du Languedoc <sup>2)</sup> Le sel de Languedoc s'étend dans la région voisine des monts du Forez jusqu'à Thiers, redescend au sud-ouest jusqu'à Billom et Besse, occupant tout le Livradois et le Dauphiné d'Auvergne, gagne de là la haute vallée de la Dordogne et la suit jusqu'à Bort. A l'ouest de cette ligne, le sel du Poitou reste maître du pays. On soumet seulement le sel du Poitou, à son entrée dans la partie de la province qui lui est assignée, à un droit de dix sous tourn. par charge de cheval. Ce droit équivaut, au dire de l'ordonnance, au quart que la royauté a l'habitude de prélever dans les pays où il n'y a pas de greniers <sup>3)</sup>. Il sera complété, au cas où le sel ferait l'objet d'une revente, par un autre droit

<sup>1)</sup> Thomas. Et. prov. I. p. 137. Instruct. févr. 1446. B. N. fr. 22296 à la date. — II. pièces justif. LVIII, n°. 61, p. 223.

<sup>2)</sup> Voir FONTANON p. 761. La limite entre les deux sels suit le cours de la Dordogne jusqu'à Bort. De là elle se dirige vers l'est à travers le plateau que coupent de petites rivières comme la Rue ou l'Allanche, pour regagner l'Alagnon à hauteur de Murat. Elle suit l'Alagnon, puis l'Allier. La rivière que l'art. 1. de l'ord<sup>ce</sup> appelle la Jourdainne n'est pas autre chose que la Dordogne, et le „pays des Montagnes” situé „entre les deux rivières” est ce plateau que je viens de signaler (art. 2).

<sup>3)</sup> Id. p. 762. art. 5. cf. ord<sup>ce</sup> 1382. art. 12. L. VII, p. 751. Le droit ordonné ici équivaut aussi à celui perçu sur les salins de Poitou pour la première vente. Il est à croire qu'il n'était dû à l'entrée en Auvergne que si l'on ne pouvait justifier qu'il avait déjà été payé au salin.



de quatre sous par charge<sup>1)</sup>. Les habitants prétendaient ne devoir être soumis qu'à ce dernier droit et non au droit d'entrée de dix sous<sup>2)</sup>. Quant au sel de Languedoc, il n'est soumis en Auvergne à aucun droit supplémentaire de gabelle. Toute infraction aux règles qui fixent les limites de chaque sel est punie de la confiscation du sel, des „chairs qui en seront trouvées salées" et d'amende arbitraire<sup>3)</sup>. On voit que chaque partie de l'Auvergne se trouve ainsi soumise au régime établi dans la province productrice au ressort de laquelle elle appartient. Le régime des gabelles n'y a donc aucune unité. A défaut des greniers qu'on n'y a pas fondés, c'est au général des finances de la province qu'appartient la surveillance : c'est lui qui commettra, tant à la recette du droit du roi qu'à la garde des passages „personnes suffisantes et idoines". Et la connaissance des délits saliniers appartiendra aux élus, et en appel à la Chambre des Aides, alors que la poursuite en sera confiée au procureur du roi près de l'élection<sup>4)</sup>.

L'ordonnance ne donnait pas satisfaction aux désirs du pays. Elle fut mal accueillie et souvent violée „en usant de rébellion, voies de fait, force et violence ou autrement" <sup>5)</sup>. Une nouvelle publication faite sur l'ordre de Louis XI le 6 janvier 1477 n'eut pas plus d'effet. Le bas pays d'Auvergne qui était du ressort du sel du Poitou et qui prétendait ne devoir que le quint sur la vente ou revente du sel (4 sous par livre) et non pas le droit d'entrée de 10 sous par charge de cheval, composa moyennant 1200 livres par an. Ceux du haut pays, plus roués et plus subtils, se prétendaient soumis au sel de Poitou et, par suite, affranchis de tout droit par la composition de 1200 livres, quand ils étaient harcelés par les agents du roi ou ceux du Languedoc ; et, vis à vis des agents du bas pays qui leur réclamaient leur quote part dans la composition, alléguaient, pour la refuser, qu'ils étaient du ressort du sel de Languedoc<sup>6)</sup>. De sorte que le roi ne tirait guère de ces régions indécises que la seule composition de 1200 livres. Ce

<sup>1)</sup> FONT. p. 762. art. 6.

<sup>2)</sup> FONT. p. 761. Début du préambule de l'ordonn. de 1453.

<sup>3)</sup> Eod. loc. art. 4.

<sup>4)</sup> Eod. loc. art. 9 et art. 8.

<sup>5)</sup> FONT. p. 764 à propos de l'ord<sup>ce</sup> de 1477.

<sup>6)</sup> FONT. p. 764, préambule de l'ord<sup>ce</sup> de 1493 (14 octobre).



n'est même pas tout. Le roi avait donné à ferme son droit sur le sel du Poitou. Les fermiers avaient cru de leur intérêt de ne pas exiger avec une trop grande rigueur les droits du roi des trafiquants. Ils laissaient entrer le sel de Poitou „pour beaucoup moins que lesd. ordonnances ne portent”. Mais, par contre, il en entraît en fait une quantité très supérieure aux besoins de la consommation. Le superflu s'en allait dans les contrées réservées au sel de Languedoc. Dans le même but frauduleux, les commissaires chargés de poursuivre la fraude composaient avec les délinquants à un prix fort avantageux. Si bien que la contrebande du sel poitevin en pays du ressort du sel blanc de Languedoc s'en trouvait singulièrement encouragée. Le Languedoc se plaignait <sup>1)</sup>. Le roi crut nécessaire de renouveler encore l'ordonnance de 1453. CHARLES VIII la fit republier en 1493 en menaçant les transgresseurs de l'application rigoureuse des sanctions sans aucune composition. Les populations du Haut et du Bas Pays d'Auvergne durent protester, alléguant leur droit à l'usage du sel poitevin fondé sur une pratique immémoriale, et faire appel de l'ordonnance devant le grand Conseil. Le procès dura longtemps, puisque les doléances des Etats de 1506 demandent qu'on ne tarde pas à le vider <sup>2)</sup>. Peut-être les habitants étaient ils moins pressés si l'on suppose qu'ils avaient obtenu, comme cela se faisait souvent, qu'en attendant l'arrêt il serait sursis à l'application de l'ordonnance. C'est dans cette situation incertaine qu'on se trouve au début du XVI<sup>e</sup> s. La royauté devait avoir de grandes difficultés à se faire obéir dans une région montagneuse et où l'on n'avait établi aucun système résistant de surveillance.

Telle est l'histoire assez obscure et assez accidentée des gabelles de Languedoc avant le XVI<sup>e</sup> s. Leur mode d'exploitation a été souvent la mise à ferme, non seulement du tirage du Rhône, mais souvent du fournissement des greniers ou du droit du roi

---

<sup>1)</sup> Eod. loco p. 764 in fine.

<sup>2)</sup> VAISS. XII. Preuves col. 348, n<sup>o</sup>. 6. „Item, touchant le différent et procès pendant au grand Conseil, du scel (sic) poitevin et bourdeloys contre les habitant du haut et bas pays d'Auvergne, requièrent lesd. états que iceluy procès soit vuidé et déterminé.” L'ordonnance de 1493 est contresignée par le sénéchal de Beaucaire et GUILLAUME BRIÇONNET, général des finances, sans qu'il y soit question du visiteur.



dans ces greniers. La ferme est parfois concédée aux villes elles mêmes qui s'en sont portées adjudicataires. Le rendement a varié non seulement suivant l'intensité plus ou moins grande de la fraude, mais aussi suivant l'étendue des dons de greniers faits par le roi soit aux seigneurs, soit aux reines douairières et encore en rapport avec les *crues* autorisées pour de multiples raisons <sup>1)</sup>. J'y reviendrai quand nous dresserons pour la fin du XVI<sup>e</sup> s. et pour les diverses provinces le budget des gabelles.

(À suivre.)

---

<sup>1)</sup> La crue la plus célèbre au XV<sup>e</sup> s. est celle qu'on appelle la „double”. C'est une crue de 10 den. par quintal, c'est à dire de 50 sous ou 2 l. <sup>1</sup>/<sub>2</sub> par muid établie le 4 avril 1433 (SPONT, p. 465). Elle avait été créée pour constituer le donaire de la reine Marie, mais après la mort de celle-ci (1463) elle continua d'être perçue au nom du roi de 1463 à 1483; puis fut assignée à la reine Charlotte qui n'en jouit que deux mois; rétablie pour Anne de Bretagne en 1498 et enfin transformée en 1503 en une pension de 4000 l. Rétablie en 1511, elle disparaît de nouveau en 1512. Les autres crues disparaissent aussi sous LOUIS XII. (SPONT, p. 466.) (Le *doublément* se rencontre déjà au XIV<sup>e</sup> s. V. DOGNON op. cit. p. 369 n. 4, en septembre 1383.)



## M. COCCEIO NERVA <sup>1)</sup>.

NUOVI STUDI SULLE SCUOLE MUCIANA E SERVIANA.

DI

CARLO ARNÒ (MODENA).

Chi sapeva la sua mente diceva, che, vedendo  
egli la Repubblica a mal partito, volle per ira  
e paura morire candido e non manomesso.

Tacito, traduz. Davanzati.

Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus suc-  
cessit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones  
auxerunt.

Pomponio, D. 1. 2. 2. 48.

1. M. Cocceio Nerva. — Ebbe, come gli antecessori suoi, Cascellio e Labeone, in sommo grado avversione all'impero. — Martirio di Nerva che muore per l'ideale dei due suoi antecessori Cascellio e Labeone. — 2. Come per una tesi da lui sostenuta sia stato *derisus*. — 3. Notevoli sono taluni contributi recati da Nerva a teorie della scuola sua. — 4. In generale Nerva segue Labeone. — 5. Ciò non toglie che talune rade volte non ne condivida il pensiero. — 6. Nerva e i suoi seguaci. — 7. Nerva di fronte alla scuola serviana.

---

<sup>1)</sup> Cfr. miei lavori: a) *Scuola muciana e scuola serviana*, Estratto dall' *Archivio Giuridico „Filippo Serafini“*, vol. 87 (quarta serie, vol. 3) Modena, Società Tipografica Modenese, 1922; b) *Scuola muciana e scuola serviana*, Discorso di Classe pronunciato nell' Undecima Riunione della Società italiana per il Progresso delle Scienze il 9 Settembre 1921 in Trieste, in *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, Roma 1922; c) *Cascellio (Nuovi studi sulle scuole muciana e serviana)*, in *Memorie della R. Accademia di Scienze in Modena*, Serie III, vol. 14 (*Sezione Scienze*), Modena, Società Tipografica Modenese, 1922.



## I.

Con Labeone da una parte e con Sabino dall'altra le due scuole si erano sempre più nettamente affermate, e la distinzione loro non spicca meno con i primi successori e di Labeone e di Sabino.

Il primo successore di Labeone è M. Cocceio Nerva, *senior*. Fu forse scolare di Labeone, e certo di lui accolse le idee e l'indirizzo, e si congettura che sia stato Nerva a pubblicare l'opera postuma di Labeone, ove seguivasi piuttosto il sistema di Quinto Mucio, e che fu poi commentata da Giavoleno. Fu padre di Nerva *iunior*, che fu pure insigne giurista, e fu antenato (avo o proavo?) dell'imperatore Nerva (96—98), il principe giusto e saggio che apre la serie degli Antonini.

Marco Cocceio Nerva

M. Cocceio (M. F.) Nerva

Coadiuvatore del *foedus Brundisinum* a. 40 av. Cr.

Console nel 37 av. Cr.

M. Cocceio (M. F. M. N.) Nerva

*Ictus*

Seguace di Cascellio e di Labeone

Console nel 22 d. Cr.

*vitam inedia finivit* a. 33 d. Cr.

M. Cocceio (M. F. M. N. M. P.) Nerva

*ipse quoque Ictus*

Sergia

*Consul suffectus* a. 40 d. Cr.

mater Imp. Nervae

Imperator Caesar Nerva Augustus

18 sett. 96 d. Cr. — 27 genn. 98 d. C.

*decessit, adoptato Marco Ulpio Traiano*

Imperator Caesar Nerva Traianus Augustus.

Nerva fu stimatissimo ai tempi di Tiberio (14—37), ed è ricordato sempre come sapientissimo in ogni branca del giure; Frontino lo dice: *scientiae etiam iuris inlustris*, e Tacito: *omnis divini humanique iuris sciens*. Non sembra tuttavia che sia stato,



al pari di Sabino, munito di *ius respondendi ex auctoritate principis*, e forse può dirsi che sia stato lo stesso Cocceio Nerva che non volle sapere di esserne munito.

Ebbe per lui vivissima amicizia Tiberio, ma può ben al riguardo ripetersi la frase che, se Nerva fu amico personale di Tiberio (Pomponio, D. 1—2—2—48), non gli fu amico politico, e per vero egli ebbe, come gli antecessori suoi, Cascellio e Labeone, in sommo grado avversione all'impero, e in ciò fu all'opposto di Sabino, chè, mentre questi, pieno di affetto al novello ordine delle cose, secondava l'impulso imperiale, Nerva, che seguiva i principii politici dei due suoi antecessori Cascellio e Labeone, avrebbe nel suo intimo voluto ostacolarlo, certamente non con la irruenza di Cascellio e di Labeone, essendosi di già ai tempi di Nerva assodata talmente la potestà imperiale, che appena parlavasi ancora di repubblica, e il principato aveva già messe così profonde radici, che niuna difficoltà presentò la sostituzione ad Augusto del suo figliastro e figlio adottivo: Tiberio.

Come Sabino, così Nerva proseguì nella scissura dei loro antecessori: Cascellio e Labeone da una parte, Ofilio e Capitone dall'altra, e anzi, stando a Pomponio (D. 1—2—2—48), Sabino e Nerva *adhuc eas dissensiones auxerunt*.

Si congettura che Nerva sia stato *consul suffectus* nel 22 d. Cr.; nel 24 sarebbe stato *curator aquarum*, e tale carica avrebbe tenuto sino alla sua morte e cioè nel 33, anno in cui si uccise. La fine di Cocceio Nerva ci è narrata da Tacito, cui il Davanzati così traduce: „sempre con il principe era, dotto in ogni divina e umana ragione, sano e florido, e deliberò morire. Tiberio gli stava intorno, pregava, domandava: e come è ciò? che rimorsi avrei, che fama, se il mio più caro amico, senza veruna ragione, fuggisse il vivere? Nerva gli voltò le spalle e più non mangiò. Chi sapeva la sua mente diceva, che, vedendo egli la Repubblica a mal partito, volle per ira e per paura morire candido e non manomesso". Il dovere gli fece sperimentare, con la prova del martirio, la virtù del carattere; e ancora una volta si concreta l'affermazione mia, che in parte la storia dei giureconsulti romani è storia del carattere (Sc. muc. e sc. serv., Estr. Arch. p. 9). Non approveremo, se vuolsi, il modo scelto da Nerva — chè colpevole è sempre un suicidio — per isperimentarla, la virtù del carattere, ma pur sentiamo nell'intimo



nostro per Nerva, per questo successore di Cascellio e di Labeone, una attenuante potente, chè questo *adsiduus contemplator oppressae libertatis* non poteva declinare l'amicizia di Tiberio, e da essa dipartirsi, senza pericolo, senza andare incontro alle crudeltà di Tiberio. Erano ben su larga scala i processi di lesa maestà per reati contro la persona di Tiberio, contro questo rigido e geloso sostenitore della potestà imperiale, dall'indole aspra e crudele e soggiogato dall'uomo più infinto, da Elio Seliano; valga, per tutte, la condanna di quell'ingenuo Cremuzio Corda, che non ogni atto approvava di Tiberio, il quale tanta durezza, tanta diffidenza, tanto dispregio aveva per gli altri; e serpeggiava il sospetto che Germanico fosse stato avvelenato da Calpurnio Pisone per ordine di Tiberio; e molteplici si annoveravano le vittime che al sospetto di lui soccombettero; e doloranti erano le atrocità ordinate contro cittadini innocenti che non inneggiavano al governo imperiale e contro innocenti innumerevoli erano le sentenze o di morte o di esilio; fosse pur Tiberio quegli a cui Sievers e Ferrini nostro riconoscono le più cospicue virtù di governo, e da Ferrini nostro proclamato il principe avveduto e sapiente! (cfr. mio lavoro: *Cascellio*, parte I, pag. 27). Nerva doveva tener fede a Cascellio ed a Labeone e per questa fede, rimasta pura con Cascellio e Labeone, egli doveva morire, doveva con spirito indomabile, con ferrea inflessibile invincibile volontà, con resistenza incrollabile, vedere per inanizione quel corpo suo sano e florido divenire misero e scarnito dalla fame, doveva sentire i morsi della fame, ma a misura che la sua vita, quale pallida fiammella, per il volontario digiuno andava spegnendosi, a misura che il corpo suo riducevasi a pelle ed ossa, il suo spirito, fino al momento in cui nella terrificata agonia non venne ad ottenebrarsi, sussultava, alla visione della morte, con gioia, quasi con esagerata ammirazione per l'ideale suo, per non essere venuto meno a questo ideale che era pur stato quello di Cascellio e di Labeone, per aver attestato, come lo attestarono Cascellio e Labeone, il diritto di Roma alla libertà. Il martirio di Nerva, che muore per l'ideale dei due suoi antecessori Cascellio e Labeone, acquista un valore per cui, pur chi ne condanna il suicidio, non può a meno di inchinarsi a questo eroe da venti secoli trapassato, e che dà un'impronta tutta sua propria, una caratteristica tutta sua speciale alla scuola muciana



o scuola libera, a cui egli appartenne, scuola che ebbe con Nerva il suo martire.

Quale differenza tra Ofilio, *Caesari familiarissimus* (Pomponio, D. 1—2—2—44), che cerca in ogni modo di condurre a porto i disegni del suo potente amico, e di cui diverrà il Triboniano, come di Tiberio sarà il Triboniano Sabino e di Adriano Salvio Giuliano, e Nerva, *Caesari familiarissimus* (Pomponio, D. 1—2—2—48), che nutre in sè tale avversione per il nuovo regime, da darsi volontariamente la morte, quasi volendo imitare l'atto del padre del maestro suo, di Labeone! Come il padre del suo grande maestro Labeone, così Nerva, alla scuola di Cascellio e di Labeone educatosi, non volle sopravvivere alla libertà di Roma, onde si lasciò morire deplorando la libertà oppressa e vedendo di non potere con la gravità del discorso raffrenare, come aveva tentato, Tiberio.

## II.

Il titolo degli scritti di Cocceio Nerva non ci è noto. Certo un'opera vasta ed organica di diritto, quale quella di Sabino, egli non lasciò, e forse questo è dovuto al fatto che egli, come già Cascellio e Labeone, teneva a testo fondamentale per la scienza l'opera di Quinto Mucio, cui in parte Labeone ravnivò.

Paolo (D. 20—2—9) ricorda che Nerva per una tesi da lui sostenuta fu *derisus*. Anche Cascellio era stato *derisus*, anche Labeone era stato *derisus* (vedi mio lavoro: Cascellio). Sia pure che *deridere est improbando, nec insultando ridere*, onde *faceta ridemus, deridemus improbata, stulta irridemus* (cfr. Ulpiano, D. 3—5—9 (10) —1: . . . . *sed istam sententiam (Proculi) Celsus eleganter deridet*; cfr. Cuiacio, III, 509; cfr.: *Amoenae iuris observationes, auctore Tussano de La Rue*, in Otto, Thes., V, 1495 seg.); ma fa impressione che un giureconsulto della grandezza di Nerva, dotto in ogni divina ed umana ragione, sia stato *deriso* per una tesi che egli credette di sostenere. Trattavasi di una di quelle differenze che intercedono tra le cose che sono vincolate per ipoteca legale sugli *invecta et illata*, e le cose che sono vincolate per pegno espresso — *manifestario pignori* —; in questo secondo caso gli schiavi vincolati a pegno non possono essere manomessi; nel primo caso invece possono essere manomessi, a meno che, si



*pensionis dies cessit* (cfr. Nicolai Catharini, *Observ. et coniect. lib. IV*, in Meerman, *Thes.*, VI, 799), siano stati rinserrati i servi (cfr. Paolo, D. 19—2—56). Orbene, anche in questa ultima ipotesi, Nerva non escludeva, ispirandosi al *favor libertatis*, in modo assoluto la possibilità di applicazione della massima generale, per cui *inhabitantes manumittimus*, e scorgeva la possibilità di siffatta applicazione, qualora, affacciandosi lo schiavo, detenuto per il pagamento della mercede, dalla finestra, il domino dichiarasse *coram populo* di volerlo manomettere — *puta in fenestra exhibito aut se offerente servo et domino dicente teste populo eum se liberum esse velle*; Cuiacio, III, 508 seg. — La tesi di Nerva, suggeritagli dal *favor libertatis*, era ardita e poteva esser combattuta, ma non mai doveva essere deriso il giureconsulto per averla emessa.

### III.

Notevoli sono taluni contributi recati da Nerva a teorie della scuola sua.

A). Nella scuola a cui Nerva apparteneva, insegnavasi che vi è mutuo quando a chi richiede un prestito di danaro si dà non danaro ma una cosa non fungibile per essere venduta, e con l'autorizzazione di trattenersi il prezzo a titolo di mutuo, ma la cosa consegnata deve essere effettivamente venduta, e deve essere avvenuta la riscossione del prezzo. Se la vendita non avesse ancora avuto luogo, ovvero il venditore non avesse ancora ricavato il prezzo, intravedevasi nel negozio piuttosto un contratto che noi diremmo innominato. Tale era appunto l'insegnamento di Labeone (cfr. Ulpiano, D. 19—5—19 pr.). Sembra che nella scuola opposta non si ammettesse che vi fosse mutuo nel caso in cui si consegnasse una cosa per essere venduta, e per poi trattenersi il prezzo come oggetto del mutuo; e sembra che così fosse anche il pensiero di Giuliano, stando almeno ad un passo di Africano. (D. 17—1—34 pr. in f.), che, a dir il vero, nel farne l'esegesi, noi non possiamo sentirci il terreno troppo sicuro. Ho detto: *sembra*, perchè in realtà il passo può interpretarsi in due modi: nel senso cioè della scuola opposta, che si ha mutuo quando si dia una cosa, invece di danaro, per essere venduta e valersi del prezzo quale somma mutuata; ovvero in senso contrario, ed è cotesta



l'interpretazione che ha maggiormente trionfato a partire dai Basilici (XIV—1), per cui „si vero cum mutuam pecuniam tibi dare vellem, argentum vendendum dederò, *mutuum non contrahitur*” e secondo la quale interpretazione il *nihilo minus* ha qui portata negativa (cfr. Cuiacio, I, 1465; III, 199). Stando a cotesta seconda interpretazione, che pare sia veramente la preferibile, una dissonanza dovette esservi quindi in proposito tra le due scuole; ma, checchè sia di questa dissonanza, egli è certo che Labeone riteneva che nel caso in questione vi fosse mutuo, e tale era pure il pensiero di Nerva (vedi tuttavia Savigny, Sist., I, p. 286, n.s., e IV, p. 674, n. f.), e anzi Nerva reca qui un notevole contributo nella costruzione della teorica per quel che concerne il rischio e pericolo della cosa in seguito alla consegna e anteriormente alla vendita (cfr. Ulpiano, D. 12—1—11 pr.). Chi sopporta il rischio, se senza colpa dell'accipiente la cosa viene a perire prima della vendita? la perdita è a danno del tradente o dell'accipiente? Nerva pone innanzi la sua *distinctio* celebre: il tradente teneva la cosa per essere venduta e voleva disfarsene, e, considerando l'accipiente come organo di vendita, limitasi a dichiarargli che potrà tenere a titolo di mutuo il danaro che ne ricaverà? la cosa è perduta a danno del tradente, a cui favore soprattutto il negozio fu concluso; il tradente per contra non teneva la cosa per essere venduta, ma anzi alla cosa era affezionato e non avrebbe voluto disfarsene, e se la consegnò all'accipiente perchè la vendesse, altro non volle se non fare un mutuo all'accipiente stesso? questi deve sopportare il rischio, se la cosa perisce casualmente prima della vendita — *quod si non fui propositum hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uteris, tibi eam perisse*; i compilatori, stando a Bremer, avrebbero aggiunto: „*et maxime si sine usuris credidi*” —. La tesi che vi sia mutuo quando il mutuante consegna cose al mutuatario perchè le venda e ritenga come mutuo il prezzo ricavato, con la *distinctio* di Nerva circa il rischio e pericolo delle cose in seguito alla consegna e anteriormente alla vendita, prevalse e Ulpiano (D. 12—1—11 pr. cit.; D. 19—5—19 pr. cit; etc.) ne fa ampia trattazione. E anzi dal caso in questione si passò pur ad ammettere che si concluda mutuo quando il mutuante consegna una cosa non fungibile, di cui si determina la stima, stima che costituisce il capitale che sarà l'oggetto della restitui-



zione, onde il mutuo avrà subito vita con la stima fatta e non si avrà ad attendere che siano vendute le cose consegnate; interessante in riguardo è un rescritto dell'anno 293 di Diocleziano e Massimiano (Cod. 4—2—8): un tale a soddisfare la dimanda di chi gli chiedeva danaro a mutuo, gli dà o oggetti d'argento o giumenti o *alias species utriusque*, e tra le parti si stabilisce quale sia la stima, che costituisce l'ammontare della somma che il mutuatario restituirà al mutuante; nella speciale fattispecie, di cui nel rescritto, vennero inoltre come pegno dati degli oggetti d'oro, e vennero stipulati interessi il cui tasso superava quello legale. Che potrà richiedere il mutuante? naturalmente il capitale, il cui ammontare è dato dalla somma corrispondente alla stima, a cui erano addivenute le parti, e di più gli interessi al tasso legale, senza che abbia importanza alcuna il fatto che gli oggetti d'oro dati in garanzia pignoratizia fossero di minor valore. Cfr. anche Imp. Constantinus, Cod. 4—32—25 e Nov 136 c. 3.

Nerva pur ammetteva che mutuo vi fosse qualora volendo io dare a mutuo a Tizio, e Tizio già abbia presso di sè del danaro mio, ad altro titolo, ad esempio per deposito, io lo autorizzi a valersene come di danaro mutuato, e anzi Nerva, seguito poi anche da Proculo (cfr. Ulpiano, D. 12—1—9—9), era d'avviso che, anche prima che tale danaro fosse mosso, io potessi tale somma *condicere*, quasi *mutua*. Forse nell'opposta scuola si pervenne a non opinare altrimenti; cfr. Africano, D. 17—1—34 a metà: . . . . . *nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt* . . . .

B) Per altri notevoli contributi recati da Nerva cfr. a) Giuliano, D. 12—4—7 pr.; b) l'altro maestro della scuola di Giuliano e di Giuliano contemporaneo, Aburnio Valente, D. de leg. III, l. 19; c) Paolo, 5 *ad Plautium*, D. 17—1—45—7 e 6 *ad Plautium*, D. 23—3—56—3; d) Paolo, D. 24—1—36—1, e D. 24—3—44 pr.: in questo responso Nerva faceva rivivere quel che in tema aveva detto uno dei maestri del padre di Mucio, Catone; e) Ulpiano, D. 43—24—3—4 e D. 44—4—4—8 e D. 10—3—6—3: *si quid post acceptum communi dividundo iudicium fuerit impensum, Nerva recte existimat etiam hoc venire*, e D. 33—1—14: *si cui annum fuerit relictum sine adiectione summae, nihil videri huic*



*adscriptum Mela ait: sed est verior Nervae sententia, quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum: si minus, ex dignitate personae statui oportebit* — per il Ferrini l'inciso „*si minus, ex dignitate personae statui oportebit*” sarebbe interpolato.

## IV.

In generale Nerva segue Labeone:

a) Nerva, stando agli insegnamenti della sua scuola e di Labeone in ispecie, riteneva che se un usufruttuario incontrasse ostacoli nell'esercizio di una servitù prediale che sta a favore del fondo usufruito, non potesse per far valere la servitù stessa se non sperimentare la *vindicatio ususfructus*, intentando l'azione contro il vicino, che ad esempio gli ricusa il diritto di passare sul proprio fondo, come se gli impedisse di usufruire del fondo, oggetto dell'usufrutto, come se lo danneggiasse nel suo usufrutto a causa del pregiudizio arrecato alla servitù — *servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui* (Ulpiano, 18 *ad Sabinum*, D. 7—6—1 pr.). In questo insegnamento professato da Nerva — che cioè *si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutem, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum* (Ulpiano, D. 7—6—5—1 seconda parte) — rimase salda la scuola muciana. Sempre in considerazione che la servitù non compete all'usufruttuario — *servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi* (Ulpiano, D. 8—5—2—1 in f.) — epperò se questi la esercita, la esercita in quanto quale usufruttuario ha diritto a fruire di tutte quelle qualità che vengono a vantaggiare il fondo su cui grava l'usufrutto, quale è una servitù prediale a favore del fondo stesso, onde, se viene turbato nell'esercizio di tale servitù, può, per far rispettare la servitù stessa, invocare il suo diritto di usufrutto e agire con l'azione che sta a tutela di questo suo diritto, ancora Nerazio scriveva: *si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi (per ea scilicet loca fundi, per quae qui usum fructum cessit constitueret) quatenus est ad fruendum necessarium* (Ulpiano, D. 8—5—2—2 e il testo aggiunge: *namque sciendum est iter, quod*



*fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem, neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur*). E dell'avviso di Labeone, di Nerva e di Nerazio fu pur Marcello, che ebbe per la scuola muciana quelle simpatie stesse che ebbe Gaio per la scuola serviana, nelle sue note ai Digesti di Giuliano, ove le opinioni di Giuliano sono di regola così fortemente criticate, che se in qualche raro caso Marcello consente con Giuliano è quasi da ritenersi quale cosa eccezionale e degna di essere rilevata, ed è ben noto il rilievo fatto da Ulpiano (D., 9—2—27—3 in f.): *et ait Julianus teneri et est verissimum: cum et Marcellus consentit*.

Nella scuola opposta il principio, che l'usufruttuario per le servitù prediali spettanti al fondo tenuto in usufrutto debba giovare della *vindicatio ususfructus*, non rimase inalterato; noi almeno sappiamo che Giuliano ammetteva che l'usufruttuario potesse intentare, anzichè la *vindicatio ususfructus* ossia la sua propria azione confessoria diretta in base all'usufrutto, la *vindicatio* delle servitù reali spettantigli di fronte al vicino con una speciale azione confessoria *utilis* — *item Juliano placet fructuario vindicandarum servitutium ius esse* (Ulpiano, D. 43—25—1—4 parte prima).

Parmi che con ogni probabilità si possa concludere che in proposito fuvvi dissidio tra le due scuole; nessuno dei tentativi di conciliazione posti innanzi regge, come ad esempio quello che la *vindicatio servitutium* non competa allo usufruttuario *nomine proprio* ma solo *procuratorio nomine*, onde possa esclusivamente giovare della *vindicatio ususfructus* se agisce *proprio nomine*. Questo tentativo di conciliazione è stato consigliato da un altro dissidio che forse pur eravi tra le due scuole. Ha l'usufruttuario il diritto alla *operis novi nunciatio*? Giuliano accordava tale diritto di fronte al suo vicino (Ulpiano, D. 43—25—1—4—cit.); i giuristi di scuola opposta forse glielo rifiutavano, ammettendo solamente che l'usufruttuario potesse denunciare *alieno vel procuratorio nomine*, ma non avesse un diritto indipendente di denuncia, non potesse denunciare *sua nomine*. Cfr. Cuiacio, III, col. 8 seg. e col. 478 seg.

b) Posta la clausola della *addictio in diem*, qualora Tizio, primo compratore, allo scopo di svincolarsi dal contratto, interponga un nuovo compratore Caio, il quale tuttavia non sia in grado di pagare, e Seio, il venditore, abbia accettato questo nuovo com-



pratore Caio in luogo di Tizio, siccome non occorre che il nuovo compratore, cioè Caio, sia solvente, ma basta che sia un compratore vero e non fittizio (Ulpiano, 28 *ad Sabinum*, D. 18—2—4—5: . . . . . *si falsus emptor subiectus sit, eleganter scribit Sabinus priori rem esse emptam, quia non videtur melior condicio allata esse non existente vero emptore . . . . .*), così la seconda vendita fatta a Caio è valida — *cum alia venditio et vera postea subsecuta sit* (Paolo, 5 *ad Sabinum*, D. 18—2—14—1) —, e viene a risolversi la prima vendita fatta a Tizio. Ma in che posizione si troverà il venditore Seio, che fu ingannato per essere stato indotto artatamente da Tizio ad accettare in luogo suo il compratore Caio non idoneo, ossia non solvente? Era insegnamento di Nerva, conforme già a quello professato da Labeone, che, nonostante la validità della seconda vendita fatta a Caio, potesse Seio agire contro Tizio con *l'actio venditi* per conseguire *l'id quod interest*, e per la restituzione dei frutti da Tizio percepiti e per l'indennizzo per i deterioramenti che eventualmente la cosa avesse subito per colpa o dolo di Tizio (D. 18—2—14—1 cit.).

## V.

Se in generale Nerva segue Labeone, ciò non toglie che talune rade volte non ne condivida il pensiero.

a) Labeone scrisse che non era tenuto all'interdetto *ne quid in loco publico vel itinere fiat* colui il quale *in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, quia non immittat aquam, sed non recipit*; l'interdetto trova la sua ragione d'essere per Labeone nel solo deterioramento della via causato vuoi dal *facere in publico* vuoi dall'*immissio in publicum* e nel caso del *restagnare* nè vi ha *facere in publico* nè vi ha *immissio in publicum*. Nerva invece riteneva che colui il quale produceva con il suo edificio un ristagno dell'*aqua in via collecta* vi fosse tenuto. (Ulpiano D. 43—8—2—28). Qui Nerva *corrigit Labeonem*. Qual fu la *mens* del pretore con il suo interdetto? Fu che non si peggiorasse la via — *facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto* —, onde se la via è deteriorata, nonostante a rigore non si possa parlare di *immissio* — *in via publica facere immittere quid* — l'interdetto è da accordarsi.



Era poi osservazione tutta propria di Nerva che *si tecum interdicto agatur, nihil ultra te facere cogendum, quam ut arbitrato eius qui tecum experitur cum vicino experiaris* (D. 43—8—2—28 cit. ultima parte). Cfr. Cuiacio, X, 517.

Labeone opinava che fosse tenuto all'interdetto colui il quale *cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat . . . . immississe enim eum videri* (D. 43—8—2—26). Nerva andava oltre e voleva che si potesse valere dell'interdetto *si odore solo locus pestilentiosus fiat* (D. 43—8—2—29).

b) Nel determinare i diritti dell'usuuario, (qualora la cosa fosse tale che l'uso senza il godimento non sarebbe pienamente efficace) circa il godimento compreso nella destinazione, per cui si ha l'uso della cosa, quali frutti potevano essere per estensione ceduti all'usuuario per i suoi bisogni quotidiani, quali invece dovevano essergli negati? Labeone insegnava che l'usuuario (Ulpiano, 17 *ad Sabinum*, D, 7—8—12—1, cit. nel mio lavoro: *Cascellio*, parte II, par. 7, lett. f) poteva valersi *hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum*, e di conseguenza poteva servirsi anche *et foliis et oleo et frumento et frugibus*. E tale era pure l'avviso di Sabino, come fu anche l'avviso di Cassio e di Proculo. Nerva, che con Sabino e Cassio riteneva che l'usuuario potesse servirsi *et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum*, ed anzi soggiungeva che l'usuuario potesse fruire *stramentis et sarmentis*, affermava per contra, in opposizione quindi anche a Labeone, che non poteva giovarsi *neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus*. Cfr. Inst., 2—5—1: . . . is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intellegitur, quam ut oleribus pomis floribus feno stramentis lignis ad usum cottidianum utatur . . . .

## VI.

In generale le opinioni di Nerva incontrano pieno consentimento ne' suoi seguaci e successori. Ad esempio vive questioni si agitarono per vedere quali cose fossero comprese nel legato *de peculio*, se in tale legato fosse compreso ciò che il domino deve allo schiavo, e tra l'altro domandavasi se nel legato rientrava anche



*quod dominus scripsisset se servo debere*, al qual riguardo Nerva rispondeva negativamente, e non altrimenti rispose Pegaso (Ulpiano, 25 *ad Sabinum*, D. 33—8—6—4 a metà).

Vedi pensiero di Nerva condiviso da Nerazio — e seguito del resto anche da Giuliano — in Ulpiano, D. 15—1—11—3.

Non convien tuttavia credere che i successori nella *statio* seguissero Nerva sempre pedissequamente. Ad esempio spiaceva a Proculo ciò che Nerva diceva, essere dolo la colpa *lavior*, mentre a Celso quel che diceva Nerva sembrava verissimo. Per Nerva il depositario — che è in colpa lata — è in dolo, nel senso che anche la colpa lata deve essere colpita dall'Editto relativo al dolo nel deposito, sebbene l'Editto nella sua lettera parli solo di dolo, e Celso soggiungeva che, se il depositario non presta per le cose presso di lui depositate quella cura che ha per le proprie, non è senza frode. Quel che diceva Nerva: *latiorem culpam dolum esse*, non significa, come forse intese Proculo, una assimilazione completa del dolo in genere alla colpa lata, ma riferivasi a quel dolo di cui parla l'Editto riguardo al deposito, al quale, per gli effetti della disposizione edittale, si pone a lato la colpa grave del depositario. Cfr. Celso, D. 16—3—32; nell'inciso: *nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat*, il testo sarebbe interpolato, stando al mio rimpianto Maestro Pernice.

Se in questo punto quel che diceva Nerva a Celso *verissimum videtur*, altrove ad esempio Celso diceva *falsum esse quod Nerva respondisset*. Cfr. Pomponio, 11 *ad Sabinum*. D. 21—2—29 pr.. Tizio aveva venduto a me una cosa di Seio, mentre io ritenevo che fosse di proprietà di esso Tizio; venuto io ora a conoscenza che la cosa è invece di Seio, ricompro da questi, che è il vero proprietario, la cosa stessa, per rimuoverne le pretese avendomi Seio intimato di non pagare il prezzo a Tizio, in quanto intendeva agire a tutela del suo diritto di proprietà. Ora che io ho la cosa per averla ricomprata da Seio, avrò pur sempre l'obbligo di pagare il prezzo a Tizio? Sì, il prezzo è dovuto a Tizio, nonostante io abbia ora la proprietà della cosa in forza del mio contratto a titolo oneroso che io ho concluso con Seio, rispondeva Nerva — *posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret* —, ma Celso ritenne *falsum esse quod Nerva respondisset, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex*



*alia causa* (nel caso concreto *ex causa onerosa*) *rem haberem*.

Qualche anno prima del suicidio di Nerva, era stato emanato quel noto Scto, che per le cose consumabili ideò un trattamento che dal lato economico veniva ad equivalere all'usufrutto, con la statuizione che siffatte cose spettassero in proprietà dell'usufruttuario e con l'obbligo in questi di restituire il *tantundem eiusdem generis* o eventualmente una somma equivalente di danaro. Emanato il Scto, Nerva ne prese tosto in esame il disposto (cfr. Ulpiano, 18 *ad Sabinum*, D. 7—5—3 cit. nel mio lavoro: Cascellio, parte II, paragrafo 7, lett. e) e si trovò innanzi a questa difficoltà: i *nomina*, cioè i capitali e i crediti, appartengono alle cose consumabili? e possono i crediti personali trasferirsi ad un terzo, all'infuori dell'erede? può quindi parlarsi di un quasi *usus fructus nominum*? Nerva negava la validità del legato di usufrutto di un credito fatto ad un terzo, e solo ammetteva che un *usus fructus nominis* potesse essere lasciato al debitore stesso, il quale viene così a godere la liberazione dal pagamento degli interessi — *idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras* (D. 7—5—3 cit.). — Ma ben presto venne il Scto a ricevere una più estesa interpretazione, epperò non vi fu più difficoltà ad ammettere la costituzione di un quasi usufrutto sui crediti, ed anzi su un intero patrimonio. Ne conseguì che, in base a questa più larga interpretazione, Proculo non avesse più ragione di attenersi agli scrupoli del maestro e ammise senz' altro e senza limitazione che anco ad un terzo potesse essere lasciato in legato l'*usus fructus nominum*, e tale pur fu nell'avversa scuola la decisione a cui addivenne Cassio; e l'opinione di Proculo e di Cassio, in contrasto a quella di Nerva, prevalse — *sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari* (D. 7—5—3 cit.).

## VII.

A) Non mancano istituti in cui il pensiero di Nerva era all'unisono con quello dei giuristi dell'opposta scuola; troviamo ad esempio in un testo (Ulpiano, D. 6—1—5—3) unito il nome di Nerva con quello di uno dei corifei dell'opposta scuola serviana, e cioè di Alfeno Varo. Nel caso di piantagione sul terreno altrui,



Alfeno riferiva la distinzione da farsi se *l'arbor, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit*, ovvero si *nondum coaluit*, nella quale ultima ipotesi *mea esse non desinet* (D. 6—1—5—3 cit.), come aveva pur riferita (Ulpiano, D. 39—2—9—2— cit. nel mio lavoro: *Cascellio*) la distinzione da farsi, si *ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum et iam cum terra mea coaluit*, ovvero si *non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*. Orbene, come Labeone si attenne alle decisioni riferite da Alfeno circa la *crusta*, così Nerva attenevasi, soprattutto per i diritti del già proprietario dell'albero, alle decisioni riferite da Alfeno circa l'albero trapiantato nel suolo altrui, e così a tal riguardo Nerva non faceva che seguire in sostanza il suo predecessore Labeone. Cfr. anche Paolo, 14 *ad Sabinum*, D. 41—1—26—1: *arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris domini est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam*. Trattasi insomma di quella tesi istessa, intorno alla quale *Proculus indicat hoc iure nos uti, quod Servio et Labeoni placuisset* (Paolo, 14 *ad Sabinum*, D. 41—1—26 pr.); Proculo, volendo provare la bontà della tesi, rileva, come già dissi nel mio lavoro: *Cascellio*, che essa è conforme al pensiero dei due corifei delle due opposte scuole: Servio e Labeone. Ecco perchè nel testo di Paolo (D. 41—1—26 pr.) troviamo uniti i due nomi di Servio e di Labeone; ecco perchè nel testo di Ulpiano (D. 39—2—9—2) troviamo uniti i due nomi di Alfeno e di Labeone; ecco perchè nell'altro testo di Ulpiano (D. 6—1—5—3) troviamo uniti i due nomi di Varus e di Nerva.

B) Insegnamento comune a Nerva ed a Sabino, e che pur fu seguito da Cassio, è quello che ci riferisce Paolo (D. 18—1—57 pr.), concernente l'ipotesi in cui la cosa dedotta nel contratto di compravendita più non esista, ovvero sia stata distrutta nella sua sostanza; allora la perdita della cosa trascina con sè la nullità assoluta della vendita, epperò nessun obbligo può nascere da essa. La fattispecie contemplata era quella della compra di una casa, ed io ed il venditore ignoravamo che fosse stata incendiata; Nerva e Sabino, e così parimenti Cassio, dissero che nulla era stato venduto — *Nerva Sabinus Cassius nihil venisse . . . . aiunt* —, sebbene rimanesse l'area, e che si poteva intentare la *condictio* per ripetere il danaro pagato.



C) Altra decisione comune a Nerva ed a Sabino è quella riferita da Plauzio (in Paolo, 12 *ad Plautium*, D. 35—2—49 pr.; cfr. mio lavoro: *Cascelio*, parte II, par. 7, lett. b). Contro l'opinione di Nerva, che fu pur quella di Sabino, ebbe a dichiararsi Cassio.

D) Se qui Cassio si dichiarò contro Nerva, ne condivise per contra il pensiero circa la tesi da questi sostenuta che la sottrazione di qualcosa durante il matrimonio avvenuta per parte della moglie non fosse da considerarsi furto — *ne quidem furtum eam facere* — *quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret* (Paolo, 7 *ad Sabinum*, D. 25—2—1, già richiamato nel mio lavoro: *Cascelio*, parte II, par. 7, lett. a). Sabino invece opinava che la moglie, sottraendo qualcosa in costanza del matrimonio, commette in realtà furto, ma ammetteva che contro di essa non si desse l'*actio furti*, il che pur ritenne Giuliano. Il discepolo di Sabino, Cassio, si pronunciò nel senso di Nerva, e il discepolo di Nerva, Proculo, stette per contra con Sabino. Grande interesse avrebbe la ricerca — qualora questa fosse possibile; cfr. Ofilio in Paolo, D. 25—2—3—3 e Labeone in Ulpiano, D. 25—2—19 — se fosse Nerva che con la sua tesi deviasse dalla sua scuola muciana, e fosse Sabino che con la tesi sua deviasse dalla sua scuola serviana, e allora si comprenderebbe come Cassio tornasse al pensiero della scuola serviana, staccandosi da Sabino, e Proculo tornasse al pensiero della scuola sua, staccandosi da Nerva. Egli è certo che le due tesi di Nerva e di Sabino non si iniziano con essi, ma non è dato ricostruire quale tesi sostennero gli antecessori di Nerva e quale gli antecessori di Sabino. In altre parole: sono stati Nerva e Sabino che deviarono in questo punto dalle scuole loro, ovvero vi deviarono Proculo e Cassio?

E) Nell'ipotesi in cui „*ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi, quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve, ut sineret heres sibi habere*”, Nerva — e quasi certamente prima di lui Labeone (Giavoleno, 2 *Labeonis post.*, D. 34—3—17) — diceva che *si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum*... (Paolo, 9 *ad Plautium*, D. 34—3—16); sembra che Cassio non si scostasse da quel che in proposito insegnavano Labeone e Nerva: cfr. Cassio in Paolo, 9 *ad Plautium*, D. 34—3—18.

F) Può avvenire che noi conosciamo per un dato istituto il



pensiero di Nerva, mentre possiamo non esser sicuri su quello dei giuristi dell'opposta scuola, onde il dubbio se ci troviamo di fronte ad una *dissensio* ovvero no. La casa, da me locata a Tizio per un'annua pensione, vendetti, *intra tempus locationis*, a te e con te convenni che avresti rispettato la locazione sino al termine di essa (cfr. Imp. Alexander, Cod. 4—65—9, a. 234) e che mio sarebbe il fitto del primo anno, e di te compratore quello degli anni susseguenti, e che infine il diritto sui pegni, dati, *nomine pensionis*, dall'inquilino Tizio, competerà e a me e a te. Cfr. Paolo, 5 *ad Plautium*, D. 20—4—13. *Quid*, qualora i pegni non risultassero sufficienti *ad utramque pensionem*? *Ius omnium pignorum primum ad me pertinere* e *si quid superesset, ad te*? Ovvero *communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur*? Nerva (seguito da Proculo) e probabilmente già altri antecessori suoi rispondevano senz'altro che innanzi tutto a me spetta il diritto sopra tutti i pegni e a te solo quanto eventualmente in seguito rimanesse — *quia*, almeno così leggesi nel testo, *nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur* —. Osserva Averanio (Interpr. iuris, T. II, Lugduni 1751, p. 43): „*Porro casus hic est singularis, videretur enim dicendum, utrique simul, vel in solidum, vel pro parte dimidia pignora esse obligata* (Ulpiano, D. 20—1—10), *nec alterum altero potius esse; ut enim creditor sit potior in pignore, necesse est, ut et prius crediderit, et prius pignus acceperit* (Gaio, D. 20—4—11 pr.). A noi non è dato dire quale fosse il pensiero al riguardo dei giuristi di scuola avversa; ad esso ispiravasi Paolo quando, rimproverando Nerva e Proculo per il loro responso che a lui pareva troppo avventato, annotava: *facti quaestio est*? Per Paolo è questione di fatto (cfr. Paolo 5 *ad Sabinum*, D. 50—17—24: „*quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit*”), è questione di volontà: che cosa vollero i contraenti? Ad attenuare il rimprovero mosso alla tesi di Nerva, il testo (D. 20—4—13 cit.) aggiunge: *sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur* (cfr. Paolo, 50—17—114: *in obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet*). L'ordine delle persone trae quasi con sè l'ordine dell'ipoteca (*prior tempore potior iure*).

G) Trattandosi di *dattilioteca* legata (ad esempio legato così



concepito: la mia *dattilioteca* e inoltre gli altri anelli, qualora altri ne avessi), Labeone pensava che anche gli anelli sono contenuti e non il solo astuccio ad essi destinato (cfr. Pomponio *libro sexto ex Sabino*, in Ulpiano, 24 *ad Sabinum*, D. de leg. III, l. 52—8).

Nerva alla sua volta *elegantemente* diceva che, stando all' *id quod testator senserit*, il legato della biblioteca ora comprende solo *armarium vel armaria*, ora comprende anche i libri — *nam et locum significari bibliothecam eo: alias armarium, sicuti dicimus „eboream bibliothecam emit”: alias libros, sicuti dicimus „bibliothecam (Graecam?) emisse”* —; cfr. Ulpiano, 24 *ad Sabinum*, D. de leg. III, l. 52—7.

Per contra Sabino scriveva *libros bibliothecam non sequi*, e Ulpiano annota che questo che scriveva Sabino *non per omnia verum est* (Ulpiano, 24 *ad Sabinum*, D. de leg. III l. 52—7 a). Cfr. ancora Sabino e Cassio in Ulpiano, 24 *ad Sabinum*, D. de leg. III, l. 52—3.

H) Nei punti maggiormente controversi tra le due scuole, suole Nerva in generale prendere posizione netta e precisa, onde appare quasi fosse più vivo il contrasto tra Nerva e Sabino, e spiegasi come Pomponio (D. 1—2—2—48), accennando a questi due corifei delle due opposte scuole, dica che essi *adhuc eas dissensiones auxerunt*. Nei secoli che volsero dalla glossa all'istante in cui io scrivo mai a niuno forse venne in mente che le due celebri scuole fossero nate prima di Augusto e insegnavasi che anteriormente a Labeone ed a Capitone la giurisprudenza romana si era andata svolgendo in modo uniforme e progressivo senza avere mai dato luogo a contrasti di scuola. E anzi l'odierna *communis opinio* sta nel senso che le due scuole abbiano inizio, l'una con Sabino, e l'altra con Nerva ovvero anche solo con Proculo, negandosi con insistenza che l'origine loro possa farsi risalire a Labeone ed a Capitone. L'origine delle due scuole — si dice — è da ricondurre ad un momento un poco posteriore a Labeone ed a Capitone, è da ricondurre a punto a quello dei due giuristi donde hanno desunto il nome, è da ricondursi da un lato a Sabino, dall'altro lato a Proculo; da questi due giureconsulti sono state costituite le due *sectae*, di cui l'una si inizia veramente con Sabino e Cassio, e il vero fondatore ne fu Sabino, e l'altra ha principio da Nerva e Proculo e il primo rappresentante di essa pare sia Nerva,



se in realtà non fu Proculo; e l'odierna *communis opinio* si rallegra che ormai trionfi l'età più recente delle due scuole e che ormai sia scossa la leggenda che Labeone e Capitone fossero i capi delle scuole stesse. Ora tutto questo sembra a me contraddetto dal passo stesso di Pomponio (par. 48 cit.); dicendo Pomponio che Sabino e Nerva *adhuc eas dissensiones auxerunt*, è prova irrefragabile che *quelle* discordanze già eranvi prima di Sabino e di Nerva; questi due corifei delle due opposte scuole ancor più aggrandirono, ringrossarono, ampliarono, accrebbero *eas dissensiones*. Dunque *quelle* dissensioni sono anteriori a Sabino ed a Nerva; e non certo saranno sorte tutte esclusivamente tra Labeone e Capitone, il quale, se approfondito fu nell' *ius pontificium* e nelle cose sacre, non esercitò guari per contra grande influenza nel campo del diritto privato, ove *quelle* dissensiones si raggirano; dunque *quelle* dissensiones, che Nerva e Sabino *adhuc auxerunt*, sono quelle esistenti tra le due scuole muciana e serviana, tra la scuola libera e la scuola ufficiale. E ben si comprende che, parlando di Nerva, Pomponio abbia notato che, con questo giureconsulto seguace di Cascellio e di Labeone, *quelle* dissensioni si siano vie più ravvivate e anco accresciute, chè Nerva, in que' punti controversi tra le due scuole muciana e serviana, prendeva, come era abito suo, posizione netta e recisa.

a) E posizione netta e recisa prese ad esempio Nerva nel sostenere che, all'acquisto definitivo del legato *per vindicationem*, occorresse, affinchè il legatario acquistasse la proprietà della cosa legata, in seguito all'*aditio hereditatis*, un' espressa accettazione da parte del legatario stesso — *non aliter rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere* (Gaio II—195) —; la cosa legata, nel frattempo, tra il sopraggiungere del *dies veniens* e l'accettazione del legato, continuava ad essere *nullius*, come era *nullius* sino alla adizione. Parve a Gaio (l.c) di intravedere un' applicazione pratica di questa dottrina, che esige l'accettazione da parte del legatario, in una decisione di Antonino Pio e scrive: *sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, Deliberent, inquit, decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset*. La tesi, seguita da Nerva ed alla sua volta da Proculo, qui è indicata con le parole:



*quod Proculo placuit.* È il sistema che molte volte invalse di indicare una opinione con il nome di uno dei successori, mentre essa già risale agli antecessori; come *Ofilius dicebat . . . . . quae sententia et Sabini et Cassii dicitur* (Pomponio, 26 *ad Sabinum*, D. 45—3—6 cit. nel mio lavoro: Cascellio), così *Cascellius, Labeo, Nerva dicebant . . . . . quae sententia et Proculi dicitur.*

Non meno netta e recisa fu la posizione presa da Sabino nel sostenere che con il *dies cedens* la proprietà della cosa legata è *ipso iure* acquistata al legatario, senza bisogno di accettazione da parte sua ed anche a sua insaputa; soltanto se ripudia il legato, si considera come se non lo avesse mai acquistato — *quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum, sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse ac si legatum non esset* (Gaio, l.c.) —. Questa di Sabino fu la dottrina della scuola ufficiale e prevalse, nonostante non si sia risposto adeguatamente all'obbiezione della scuola avversa, che faceva rilevare l'incongruenza di uno stato di cose per cui la proprietà già acquisita al legatario veniva a considerarsi come se non fosse stata acquisita, qualora il legatario rinunciasse; e pur forse già ebbe ad accoglierla Nerazio, staccandosi di conseguenza dalla tesi della scuola sua, cfr. Nerazio, D. 47—2—65 (64); la seguì naturalmente Giuliano, cfr. D. de leg. I, l. 81—6, e poi Pomponio, 32 *ad Sabinum*, D. 8—6—19—1, e parimenti Paolo, III—6—7, e Ulpiano, D. 38—5—1—6. Che la dottrina della scuola ufficiale abbia prevalso è tuttavia punto controverso assai; in senso affermativo cfr. Girard, *Manuel élém. de dr. rom.*, Paris 1896, pag 897, nota 2 in f.: „*quoique paraisse dire Gaius, c'est la doctrine sabinienne qui a prévalu et c'est elle qui a passé dans les compilations de Justinien*”. Cfr. anche la controversia tra le due scuole, di cui in Gaio II—200, e che è affine a quella testè richiamata; ivi parimenti prevalse la tesi della scuola ufficiale; cfr. Ulpiano, D. 10—2—12—2 e D. 7—1—12—5, e vedi la piccola variante recata da Giustiniano in Cod. 6—43—3—3.

b) Ancora ai tempi suoi Nerva sosteneva, in conformità alla tradizione della scuola sua, risolutamente che „*mancipi*” erano gli animali da tiro e da soma, *quae collo dorsove domantur* (*boves, muli, equi, asini*) soltanto quando erano addestrati, domati, asserviti dall'uomo — *non aliter ea mancipi esse . . . . . quam si domita*



*sunt*, Gaio II—15 —, chè con l'addomesticamento divenivano strumenti di fatica destinati alla coltivazione ed idonei ai lavori richiesti dall'agricoltura intensiva, e passibili di essere ascritti al fondo familiare come facenti parte dell' *instrumentum fundi* (cfr. mia distinz. tra serv. rust. ed urb., pag. 52). La tradizione della scuola di Nerva tuttavia a questa tesi assoluta, che in tanto i *quadrupedes, quae collo dorsove domantur*, sono *res Mancipi* soltanto se *domita sunt*, aveva recato già una non lieve variante, in seguito ad una obbiezione che alla tesi assoluta tradizionale era stata apportata dall'avversa scuola: se gli animali *Mancipi* tali non sono, se non dopo domati, che è a dirsi se per l'indole loro è impossibile domarli? E allora si concedette che *Mancipi* fossero cotesti animali, *quae collo vel dorso domarentur*, quando fossero giunti all'età adatta all'addestramento, a quell'età *qua domari solent* — e la variante fu pur accolta da Nerva: *et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, qua domari solent* (Gaio, l. c.) —. Ma oltre non andò Nerva e strenuamente combattè quella radicale innovazione in materia dovuta alla scuola avversa, per cui l'antica tradizione veniva quasi sconvolta, ammettendosi che *statim ut nata sunt* gli *animalia quae collo dorsove domantur* fossero *res Mancipi*, senza dar influenza alcuna all'esservi stato o no addomesticamento, e questa dottrina della scuola ufficiale sembra sia stata quella che abbia prevalso. Vivo dovette quindi essere il contrasto ai tempi di Nerva tra coloro, che, come lo stesso Nerva ed il suo discepolo Proculo, *non aliter ea Mancipi esse putant, quam si domita sunt*, e coloro dell'avversa scuola, che, come ad esempio Sabino, erano giunti ad ammettere che *statim ut nata sunt Mancipi esse*. Ben a ragione poteva quindi dire Pomponio che Nerva e Sabino *eas dissensiones auxerunt*.

c) Nerva non volle mutare in nulla quella che era la tradizione antica, e su cui rimase salda la scuola muciana, che cioè i peregrini non potessero obbligarsi con il *nomen transcripticium* — *quodammodo iuris civilis est talis obligatio*, Gaio III—133 —, in quanto trattasi di istituto profondamente romano, tutto proprio del *paterfamilias*; è ai soli cittadini a cui appartiene il registro sul quale con una iscrizione si conclude il contratto letterale, e i peregrini non hanno siffatti registri per farvi la *transcriptio*. È del



resto ben nota la *lex Licinia Mucia de civibus regundis*, con la quale Quinto Mucio Scevola volle precludere a molti alleati italici la via alla cittadinanza romana (cfr. mia Sc. muc. e sc. serv., Estratto dall' *Arch. Giurid.*, pag. 6). Nella scuola serviana, come molte volte avvenne in simili casi, si pervenne — per opera di Servio? — per opera di Ofilio? — ad una *distinctio* — una delle tante *distinctiones* poste innanzi da Servio (cfr. mia Sc. muc. etc. cit., pag. 22)? —. Si tratta di non mutare la persona del debitore, di non segnare l'obbligazione nel *codex* al nome di un nuovo debitore, registrando ad esempio come dato a Seio ciò a cui era tenuto Mevio, di guisa che Seio venga a succedere nel debito a Mevio (novazione soggettiva), ma soltanto di mutare la causa del debito senza mutare la persona del debitore, di segnare quindi l'obbligazione nel *codex* al nome del debitore stesso che la contrasse, registrando ad esempio che ciò che il peregrino mi doveva per prezzo di vendita è come se glielo avessi dato a mutuo (novazione oggettiva)? Anche i peregrini, che già il debito avevano, in tal caso si obbligavano, bastando all'uopo riconoscere ciò che al pristino debito è venuto a sostituirsi con la *novatio* — *si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari*, Gaio, l. c. —, ma se la *transcriptio* era a *persona in personam*, questa continuava, anche nel pensiero della scuola serviana, a non essere accessibile ai peregrini — *si vero a persona in personam, non obligari*, Gaio, l. c. —. Di questa *distinctio* della scuola serviana, e sulla quale insisteva ai tempi suoi Sabino, seguito da Cassio, Nerva non volle saperne, onde in tema il contrasto saliente tra Nerva e Sabino, i quali anche per questo verso *eas dissensiones auxerunt*.

d) Tanto la scuola muciana quanto quella serviana svolsero ne' suoi minuti dettagli il così detto legato parziario, e anzi è a noi noto un celebre consiglio, per un legato costituito dall'assegnazione di una quota dell'eredità, dato dai due corifei delle due opposte scuole, da Cascellio (unitamente a Labeone) e da Ofilio (unitamente a Trebazio) — Giavoleno, 1 *ex post. Labeonis*, D. 28—6—39 cit. nel mio lavoro: *Cascellio* —, per cui quegli — che aveva due nipoti impuberi *ex filio*, dei quali l'uno in potestate e l'altro no, e voleva istituirli eredi *ex aequis partibus* in modo che se uno di essi moriva impubere, all'altro si trasferisse la



parte del premorto — istituì erede quello che aveva *in potestate*, lasciando all'altro, *cum in suam tutelam venisset*, in legato *dimidiam partem hereditatis: quod si is, qui in potestate sua esset, impubes decessisset, alterum heredem ei substituit*. Se intorno alla *partitio legata* si ha questa interessante disposizione dettata *ex consilio Cascellii Ofilii*, non convien credere che tutto in tema di *partitio* fosse pacifico tra le due scuole, e chissà quante dissensioni da noi ignorate non saranno esistite tra esse nella risoluzione di questioni varie a cui la *partitio* poteva dar luogo! Come il testatore può legare una quota della sua eredità, così può legare una *bonorum pars*; orbene, a riguardo di questo legato *bonorum partis*, una *dissensio* esisteva effettivamente tra le due scuole. Cfr. Pomponio, 5 *ad Sabinum*, D. *de leg. I*, l. 26—2. *Bonorum parte legata, rerum partes an aestimatio debeatur?* In una scuola, stando soprattutto alla lettera della disposizione di ultima volontà, ritenevasi che legate fossero le stesse parti effettive delle cose legate, e in questa tesi della sua scuola insisteva Nerva, seguito da Proculo, di fronte a Sabino, seguito da Cassio, nella cui scuola, in considerazione soprattutto della *sententia* e della *voluntas testatoris* — che doveva essere nel senso *ut ne heres cogeretur dividere res invitus, et ita invitus incidere cum legatario in communionem, quod leges adversantur* (Donello, ediz. di Lucca del 1763, T. II, col. 860 seg.) — si reputava che il diritto del legatario si concretizzasse nella *aestimatio*. Con il dibattito ripetutosi in proposito tra Nerva e Sabino, ne conseguì che anche sotto tale aspetto questi due corifei delle due opposte scuole *adhuc eas dissensiones auxerunt*. In epoca più avanzata, di fronte alla *sententia* accolta da Nerva e di fronte a quella accolta da Sabino, venne a formarsi una *media sententia*, su cui cfr. Pomponio, D. *de leg. I*, l. 26—2 cit. e mie Obbl. div. ed indivis., p. 212 nota 2.

e) Là ove Nerva rivendicava con maggior insistenza *ab adversariorum stricturis* le dottrine degli antecessori suoi, innegabilmente la controversia veniva ad assumere una più rilevante accentuazione. Se il prezzo consistesse in un' altra cosa che non fosse danaro, si avrebbe una permuta, ossia una convenzione che non è obbligatoria se non con la esecuzione che una delle parti faccia della propria prestazione, e non una convenzione, quale è la compravendita, obbligatoria con il semplice consenso, senza che



occorra la esecuzione della propria obbligazione o da una parte o dall'altra. Se non che nella scuola contraria a quella di Nerva si era tentato di far valere che il prezzo potesse consistere anche in altra cosa che non fosse danaro in senso stretto, e ciò a punto per far rientrare la permuta di merci contro merci sotto il concetto della vendita ossia per ridurre la permuta a vendita, in quanto non sembrava che la vendita, che era alla fin fine una sottospecie della permuta, dovesse avere un trattamento migliore di quello della permuta. Perchè le regole più libere della compra vendita, riconosciuta quale contratto consensuale, non avrebbero dovuto essere estese anche alla permuta? perchè nella compravendita con il consenso scendono senz'altro le due obbligazioni, mentre con la permuta dovrà l'uno dei permutanti, per obbligare l'altro, eseguire per parte sua la dazione della cosa? perchè adunque non trarre la permuta alla vendita? Prevalse la contraria opinione della scuola di Nerva, per cui solo vi può essere la convenzione obbligatoria, costituita dalla compra vendita, se il prezzo consiste in danaro. Cfr. Paolo, D. 18—1—1—1. Paolo, che accoglie l'opinione della scuola di Nerva, dà tuttavia ancora come controversa ai tempi suoi la questione, e in fatti dice: *dubitatur*. La questione era viva ai tempi di Gaio, che nelle sue istituzioni (III—141) dice: *valde quaeritur*. Se Paolo dà come controversa la questione nei libri *ad edictum*, dai quali è estratto il frammento dianzi citato, in un'altra sua opera, scritta posteriormente (cfr. H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften röm. Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. a. ediz., Halle a. S., 1908, pag. 82 e. pag. 94), e cioè nei libri *quaestionum*, sembra dia la questione come già decisa nel senso della scuola di Nerva. Cfr. Paolo, D. 19—5—5—1. Sta di fatto poi che in una costituzione del 294 si afferma come già accolta da gran tempo la tesi di cotesta scuola, la quale è pur adottata in modo definitivo da Giustiniano (Inst. 3—23—2), per cui cotesta *sententia merito praevaluit*. Se non che la *sententia* è detta nelle istituzioni soltanto *Proculi sententia*, onde, se non avessimo che questo passo delle istituzioni, si avrebbe a concludere che chi diceva: *permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam*, sia stato Proculo per il primo, e si spiega come si sia potuto formare quell'odierna *communis opinio*, per cui l'origine delle due scuole



è da ricondurre da un lato a Sabino e dall'altro lato a Proculo, ossia a que' medesimi giureconsulti da cui le due *sectae* assunsero il nome, tra i quali, come continua e persevera a ripetere l'odierna *communis opinio*, la esistenza di un contrapposto appare assai più credibile di quello che non appaia tra Capitone, arido cultore del diritto sacrale e d'archeologia giuridica, e Labeone. Non si tenne conto, che quel, che gli antecessori di Sabino e di Cassio dicevano, *Sabini et Cassii sententia dicitur*, e che quel, che gli antecessori di Proculo dicevano, *Proculi sententia dicitur*.

f) Richiamo infine la più nota di tutte le controversie tra le due scuole, quella concernente la trasformazione della cosa altrui (*specificazione*). A chi spetta la proprietà della nuova specie? In una scuola si rispondeva che il proprietario della cosa antica è pur proprietario della cosa nuova, *quia sine materia nulla species effici possit*; nell'altra scuola si rispondeva invece che la proprietà della *nova species* spetta all'artefice, allo specificatore, *quia quod factum est antea nullius fuerat*. Già nel mio lavoro: Cascellio (parte II, par. 6) feci rilevare che se prevale la causa creatrice con questa seconda teorica, che certo è più rispondente alle esigenze industriali, non si ebbe tuttavia in mente la importanza economica del lavoro, ed in vero, giusta l'osservazione del Ferrini, le fonti mettono insieme il caso in cui taluno fonda il metallo greggio e ne tragga un vaso e quello, in cui il vaso sia rifuso in una massa informe, ciò che non è lavoro in senso economico. Oltre alle due dottrine delle due scuole, havvi poi la *media sententia*, che attribuisce la proprietà della nuova specie al proprietario della materia, nel caso in cui la specie sia riducibile al pristino stato, e attribuisce invece la proprietà allo specificatore se la specie sia irriducibile al pristino stato. Questa *media sententia*, sorta *post multas ambiguitates* tra i seguaci delle due scuole, sembra che si sia formulata ai tempi dei giuristi dell'epoca dei Severi; cfr. Callistrato, D. 41—1—12—1; Paolo, 14 *ad Sabinum*, D. 41—1—24 et 26 pr.; tuttavia il testo di Callistrato è da taluno ritenuto corrotto e Czyhlarz pensa che l'inizio del fr. 24 cit. (D. 41—1) derivi dai compilatori. Per l'innovazione giustiniana cfr. *Inst.* 2—1—25 in f. Per quel che riguarda questa controversia notissima, se noi stessimo soltanto al passo delle Istituzioni (2—1—25), ove è detto: *et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambi-*



*guitates placuit*, etc., l'odierna *communis opinio*, per cui l'una scuola s'inizia solo con Sabino e l'altra ha principio solo da Proculo, troverebbe in questo passo una propria conferma, e non vi contraddirebbe lo stesso passo di Gaio (II—79), in quanto se Gaio dice che a por mente alla materia ed alla sostanza *maxime* piacque a Sabino ed a Cassio, soggiunge che è sembrato soprattutto agli *autori di scuola diversa* che la cosa sia di colui che operò la trasformazione, onde si potrebbe pensare soltanto a Proculo e seguaci, e quindi concludere che la controversia è sorta con l'inizio delle due scuole, che avrebbero avuto luogo con Sabino da una parte e con Proculo dall'altra. Ma che già con Nerva la controversia esistesse, non vi è dubbio. Nel frammento di Gaio, 2 *rer. cott. sive aureor.* (D. 41—1—7—7, seconda parte) si legge: *est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt* (nel caso della riducibilità si segue l'opinione di cotesta scuola che perduri cioè la proprietà dell'antico domino della materia), *si non possit reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit* (nel caso della irriducibilità si segue l'opinione di quest'altra scuola, che cioè la proprietà del nuovo oggetto si acquisti da chi fece l'opera). Se non che, di fronte al silenzio di Gaio nelle sue istituzioni (II—79), il Pernice ritenne che questo periodo fosse interpolato e che Gaio neppure nelle sue *res cottidianae* avrebbe fatto menzione della *media sententia* e oggi giorno tutti (credo senza eccezione) vanno a gara nel ripetere quello che diceva il mio rimpianto maestro Pernice. Se questo fosse, l'accento a Nerva non sarebbe di Gaio, ma dei compilatori, e quindi rimarrebbe non distrutta l'odierna *communis opinio* che la controversia abbia principio da Proculo e non da Nerva. Ma il testo citato nella sua prima parte espone apertamente la controversia quale esistente tra Nerva e Proculo da una parte e Sabino e Cassio dall'altra: *cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, ... Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset*... Dunque già con Nerva la controversia esisteva e Proculo non faceva che seguire il suo antecessore. Anche fosse vero, il che io non credo, che il richiamo



di Nerva e Proculo da un lato, di Sabino e Cassio dall'altro, che si trova in questa prima parte del frammento, fosse una interpolazione, noi possiamo pur sempre domandarci: ma è proprio vero che la tesi: *dominum esse qui fecerit*, sia stata posta innanzi per la prima volta soltanto da Nerva? e quando Nerva l'avrebbe posta innanzi? negli anni in cui a capo di una delle due scuole di fronte a Nerva stava ancora Capitone, il quale visse oltre Labeone, ovvero in que' anni in cui Nerva ebbe di fronte Sabino? che proprio in questo brevissimo periodo di tempo sia sorta, come d'incanto, la grande controversia? Tutto conduce a ritenere che la tesi *dominum esse qui fecerit* già fosse di Labeone, e da Pomponio (14 *ad Sabinum*, D. 24—1—29—1) apprendesi che „*si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait*”. Essendo invalida la donazione, la lana era tuttora proprietà del marito, e quindi se il vestito, che la moglie fece con quella lana di proprietà del marito, è ora proprietà della moglie, è segno che si applica il principio che la *nova species* è di chi *fecerit*. Abbiamo adunque — come se nella scuola di Labeone il principio fosse ormai inconcusso — una notevole applicazione del principio stesso da parte di Labeone, la quale almeno è prova che il principio non sorse in quell'istante stesso in cui è stata fatta da Labeone; essa tuttavia, per essere stata fatta da Labeone, non dovette rimanere senza influenza e noi infatti vediamo che l'esempio della riduzione della lana in tessuto fu poi sempre richiamato in ogni trattazione in tema di trasformazione di una cosa; cfr.: a) Gaio II—79: ... *si ex lana mea vestimentum feceris*; Gaio, D. 41—1—7—7: ... *fecero ... ex lana tua vestimentum*; b) Paolo, D. 41—3—4—20: *si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva est*; Paolo, D. *de leg. III*, l. 88 pr.: *lana legata vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet*; Paolo, 15 *ad Sabinum*, D. 41—2—30—4: *item quod mobile est, multis modis desinimus possidere ... item si quod possidebam in aliam speciem translatum sit, veluti vestimentum ex lana factum*; c) Ulpiano, 21 *ad Sabinum*, D. *de leg. I*, l. 44—2: ... *si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro trigesimo secundo scripsit* . . . .; etc. etc.; d) cfr. per ultimo *Inst.* 2—1—25: *ex aliena lana vestimentum fecerit* (e su questo passo delle Istituzioni mio lavoro: *Textura, Extr.*



des *Mél. Girard*, Paris 1912). Se la tesi, che la *nova species* spetta all'artefice, già era di Labeone, chi pose innanzi la tesi opposta? Riflettendo sempre che *Ateius Capito Ofilium secutus est*, questa tesi opposta risale oltre a Sabino, oltre a Capitone? e di contraccolpo l'altra tesi risale oltre a Labeone? Chi fu il primo a dire (*Quintus Mucius primus admisit?*) che quando a una cosa altrui si dà una nuova forma, quella cosa non è più da considerarsi come sempre la stessa? Fin che si considerava l'oggetto confezionato come sempre l'antico oggetto, niun dubbio che l'antico proprietario continuasse ad esserne tale. Ma fatto il passo di vedere nell'oggetto confezionato una cosa nuova, chi per il primo sostenne che questa cosa nuova spetti a colui che l'ha fatta, donde il contrasto con coloro, i quali, pur concedendo che si trattasse di cosa nuova, persistettero tuttavia a dire che questa *nova species* appartiene pur sempre al proprietario della cosa a cui si è data la nuova forma? Siamo di fronte a problemi insoluti e forse insolubili e pur non parmi del tutto infondata la congettura che quelle *multae ambiguitates* che, in tema di trasformazione della cosa altrui, furono, per il passo delle Istituzioni (2—1—25 cit.), *Sabinianorum et Proculianorum*, possono ben dirsi — siano pur state vie più ravvivate da Nerva e da Sabino — *ambiguitates* tra la scuola libera e la scuola ufficiale, tra le due scuole muciana e serviana.

---



## MÉLANGES.

---

### **V<sup>e</sup> Congrès International des Sciences Historiques. Section d'Histoire du Droit.**

Les lecteurs de la *Revue d'Histoire du Droit* n'ignorent point que le V<sup>e</sup> Congrès International des Sciences Historiques aura lieu à Bruxelles du 8 au 15 avril 1923, soit donc à partir du lundi après l'octave de Pâques. S. M. le Roi des Belges et les autorités politiques et scientifiques les plus en vue du pays ont, dès à présent, accordé à ces assises leur haut patronage. A la tête du Comité Organisateur se trouve un bureau présidé par M. PIRENNE, procureur de l'Université de Gand.

La VII<sup>e</sup> Section du Congrès sera consacrée à *l'Histoire du Droit*. L'organisation des travaux de cette section est confiée à un comité particulier composé de :

M. M. G. CORNIL, Professeur à l'Université de Bruxelles, président de la section;

F. DE VISSCHER, Professeur à l'Université de Gand, secrétaire de la section;

DOM URSMER BERLIÈRE O. S. B., Président de la Commission Royale d'Histoire;

G. BIGWOOD, Professeur à l'Université de Bruxelles;

G. DES MAREZ, Professeur à l'Université de Bruxelles, Secrétaire général du Comité Organisateur du Congrès;

F. L. GANSHOF, Collaborateur scientifique à la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Gand, Secrétaire du Comité Organisateur du Congrès;

J. PIRENNE, Chargé de Cours à l'Université de Bruxelles

CH. TERLINDEN, Professeur à l'Université de Louvain, Trésorier du Comité Organisateur du Congrès;

P. VERHAEGEN, Conseiller à la Cour de Cassation, Président de la Commission pour la publication des anciennes Lois et Ordonnances de Belgique;

L. VERRIEST, Professeur à l'Ecole Coloniale Supérieure à Anvers.

Les membres de ce comité seraient particulièrement désireux d'obtenir la collaboration active de nombreux historiens du droit, appartenant aux pays étrangers. Dès à présent, ils sont assurés du concours de plusieurs savants des plus légitimement réputés de France, de Grande Bretagne et des Pays-Bas.

Il va sans dire que la qualification *Histoire du Droit* doit être entendue dans un sens fort large et qu'il y a lieu d'y comprendre l'histoire des droits babylonien, égyptien, grec et du droit romain, aussi bien que celle de l'ancien droit germanique, du droit canon, du droit du Moyen-Age ou des Temps Modernes.

Au cas où la section recueillerait des promesses de communications particu-



lièremment nombreuses relatives à tel ou à tel domaine de l'histoire du droit, l'organisation de sous-sections serait envisagée pour tout ou partie de la durée du Congrès.

Les historiens étrangers qui se proposeraient de participer aux travaux de la section et ceux, en particulier, qui auraient l'intention d'y faire une communication, sont priés de se mettre en relations avec M. F. DE VISSCHER, Secrétaire de la Section d'Histoire du Droit, 14, Boulevard du Jardin Zoologique à Gand.

### De oud-Friesche handschriften in het bezit der familie VON RICHTHOFEN.

#### I.

Deze beroemde verzameling van oud-Friesche rechtsbronnen, in 1856 in het bezit gekomen van den nu overleden schrijver der bekende *Friesische Rechtsquellen*, Karl Freiherr von RICHTHOFEN, is door de familie te koop aangeboden aan een bibliotheek in het Noorden van Nederland; terecht meende de familie VON RICHTHOFEN, dat deze handschriften in Nederland en nergens anders thuis behoorden.

De oorspronkelijke vraagprijs was onbereikbaar hoog. Nu echter is de koopprijs zoover teruggebracht, dat hij in overeenstemming is met het groote wetenschappelijke belang, hetwelk aan opneming in een onzer groote openbare bibliotheken verbonden is. Vele wetenschappelijke onderzoekers, die in den loop der jaren vergeefsche pogingen bij den eigenaar hebben aangewend, om deze oudste Friesche rechtsbronnen te mogen inzien, wezen ons er op, dat opneming in een openbare bibliotheek van Nederland noodzakelijk was.

De financiële toestand verhinderde de regeering, evenals eenige wetenschappelijke instellingen, als Teyler's Genootschap, het Provinciaal Utrechtsch Genootschap e. a., gelden voor den aankoop toe te staan. Vandaar onze poging, uit een kleinen kring van wetenschappelijke en belangstellende personen het belangrijke bedrag bijeen te brengen, noodig voor den aankoop der handschriften ter plaatsing in de Provinciale Bibliotheek van Friesland. Voor een belangrijk deel zijn wij daarin geslaagd: ons ontbreken echter nog f 7400.—.

Nu doen wij een beroep op allen, die met ons overtuigd zijn, dat deze verzameling handschriften niet wederom voor Nederland verloren mag gaan en daarom met ons willen medewerken, deze verzameling aan de Provincie Friesland ter plaatsing in de Provinciale Bibliotheek ten geschenke te geven, ons *toezegging* te doen van hetgeen zij voor dit doel willen afstaan; elke gift, zelfs de kleinste, is welkom; maar om het ontbrekende bedrag bijeen te brengen, zijn toezeggingen van grootere bedragen noodig.

Nu, maar nu ook voor het laatst, bestaat voor Friesland de gelegenheid terug te bekomen, wat dit gewest voor 65 jaren nooit had mogen verliezen.

Het is de plicht van elken Nederlander, in het bijzonder van allen van Frieschen stam, te voorkomen, dat Amerika of Engeland er in slaagt, deze



Friesche documenten te verwerven. Krachtige samenwerking kan dit laatste verhinderen. Moge onze oproep bij allen, die liefde voor 's lands oude historie hebben, weerklink vinden.

De Commissie:

Dr. J. S. THEISSEN, Bibliothecaris van de Rijks-Universiteits-bibliotheek te Groningen.

Dr. H. A. POELMAN, Rijks-Archivaris in Friesland en Bibliothecaris van de Provinciale Bibliotheek te Leeuwarden.

H. R. SCHAAFSMA, Secr. en Penn., Tweebaksmarkt 38 (giro 2517), Leeuwarden.

Deze oproep wordt met aandrang ondersteund door:

Mr. P. A. V. BARON VAN HARINXMA THOE SLOOTEN, Commissaris der Koningin in Friesland.

Prof. Mr. A. S. DE BLÉCOURT, te Leiden.

Prof. Mr. D. VAN BLOM, te Leiden.

S. VAN DER BURG, oud-Voorzitter van het Frysk Selskip.

Prof. Jhr. Mr. W. J. M. VAN EYSINGA, te Leiden.

Mr. AGE S. MIEDEMA, te Haarlem.

Prof. Dr. J. W. MULLER, te Leiden.

Dr. B. NOORDHOFF, te Groningen.

N. OTTEMA, te Leeuwarden.

TH. M. TH. VAN WELDEREN BARON RENGERS, te Oenkerk.

P. SIPMA, te Sneek.

De Maatschappij van Nederlandsche Letterkunde, te Leiden.

Friesch Genootschap, te Leeuwarden.

Frysk Selskip.

Jong-fryske Mienskip.

## II.

**Uit het Rapport van Dr. J. S. THEISSEN, uitgebracht aan het College van Curatoren der Rijksuniversiteit te Groningen.**

In antwoord op Uw schrijven van 5 November j.l., waarin mijne meening gevraagd wordt omtrent de wetenschappelijke en, zoo mogelijk, de geldelijke waarde van de handschriften, genoemd in de hierbij gaande lijst, heb ik de eer U het volgende te berichten.

Ongetwijfeld zijn de bedoelde handschriften in het algemeen van een zeer groote wetenschappelijke waarde. De eerste zes zijn, wat hun inhoud aangaat, van beteekenis zoowel voor de kennis van het oude Friesche recht als voor die van de oude Friesche taal; de Friesche landrechten vormen met enkele oude oorkonden zoo goed als de eenige bron voor deze kennis. Waren dus de rechten, waarom het hier gaat, in deze handschriften alleen, en nog onuitgegeven, bewaard, dan zouden zij van onschatbare waarde zijn.

Dit is nu, wat het eerste punt betreft, met verschillende van de aangeboden handschriften werkelijk het geval.

Voorzoover dit uit VON RICHTHOFEN'S *Handschriftenverzeichnis* in zijne uitgave van de *Friesische Rechtsquellen* is op te maken, is het Hunsingoër recht



alleen over in de beide op de bijgaande lijst met 2 en 3 (H. I en H. II) genummerde hss., het Fivelgoër recht in het Friesch alleen in het daar als no. 4 (F) gemerkte manuscript, terwijl het onder no. 5 (I) aangehaalde hs. met het in de lijst genoemde, door SIEBS gevonden gedeelte uit den *Codex Unia*, de eenige in schrift bewaard gebleven bron is voor de kennis van het Wester-Lauwersche recht. Echter, de inhoud van de 5 eerst genoemde handschriften is geheel, die van no. 6 grootendeels uitgegeven in publicaties van HETTEMA en VON RICHTHOFEN. Dit feit reduceert uitteraard aanmerkelijk de waarde der hss., neemt echter niet weg, dat zij ook zóó nog van zeer groote beteekenis voor de wetenschap blijven. De bedoelde uitgaven toch dateeren van vóór den tijd der streng diplomatische handschriftenpublicatie, zoodat voor het gebruik er van voor wetenschappelijke doeleinden voor tekst en varianten het collationneeren met de origineelen zeer wenschelijk blijft. De behoefte ook deze handschriften daarvoor te kunnen inzien, heeft zich bij verschillende latere beoefenaars van het Friesch dan ook sterk doen gevoelen. Ben ik goed ingelicht, dan hebben de heeren TELTING en BUITENRUST HETTEMA het herhaaldelijk zeer betreurd, dat deze manuscripten, in het bezit van den heer VON RICHTHOFEN, voor hen niet toegankelijk waren. En terecht. Vooreerst is er het onvolledige van de uitgave van no. 6, en dan ook wezen een paar „Stichproben”, die wij namen, uit, dat de uitgaven van HETTEMA heel wat onjuistheden of willekeurige veranderingen bevatten, terwijl die van VON RICHTHOFEN, ofschoon veel nauwkeuriger in het algemeen, van vergissingen toch niet geheel vrij waren. Bovendien blijft het de vraag of de aangeboden hss., die bij het verschijnen van zijne *Friesische Rechtsquellen* nog niet in zijn bezit waren en die hij gedeeltelijk slechts vluchtig heeft kunnen bestudeeren, wel afdoende in zijn publicaties verwerkt zijn.

De onder de nos. 7 tot en met 10 genoemde hss. hebben, als in het Nederlandsch geschreven, geen beteekenis, tenzij een verklarende misschien voor de kennis van het oud-Friesch; direct alleen dus voor de kennis van het oude recht. Vooral de nos. 8—10 zijn van heel wat later tijd. De inhoud komt, voorzover dat uit de hier gegeven omschrijving is op te maken, ook elders voor, en is dus bekend. Zij kunnen echter voor de verklaring van dubieuze plaatsen ongetwijfeld groote beteekenis hebben.

### III.

**Lijst, met beschrijving, van de aangeboden oud-Friesche handschriften in het bezit van de familie VON RICHTHOFEN.**

- 1) E. III. Emsiger handschrift op perkament. Vgl. v. RICHTHOFEN, *Fries. Rechtsquellen*, bl. XVII. (Uitgegeven door M. HETTEMA, onder den titel: *Het Emsiger Landrecht van 1312*, Leeuw. 1830.) Het hs. bevat 88 bladzijden van 18 regels elk. Inhoud: boeteschattingen, bl. 1—43; doemen, bl. 43—53; penningschuldboek, bl. 53—88. Roode en blauwe initialen.
- 2) H. I. Hunsingoër Landrecht van 1252, bekend als het perkament handschrift van WICHT, en als het *Vetus ius Frisicum*; vgl. v. RICHTHOFEN,



*Frs. Rechtsqu.*, bl. XXIII e. v.; *Untersuch. z. frs. Rechtsgeschichte* I, bl. 63 e. v.; het h.s. heeft 130 bl. De taal wijst op dagteekening uit de 13<sup>e</sup> eeuw. De inhoud, die gelijk is aan H. II, van dezelfde familie, bestaat uit: *Vetus ius Frisicum*, in het Latijn, bl. 1—34; Privilegie van Keizer Karel met Proloog, in het Latijn, bl. 34—46; 17 keuren en 24 landrechten, alles Friesch, bl. 46—70; *quinque claves sapientiae* van drie broeders, toevoegingen bij de 16<sup>e</sup> keur, boeteschattingen, overkeuren, boetetaxen, tien geboden, privilege van Keizer Karel, bl. 70—132. Ontbreken drie, later uitgesneden, bladen.

- 3) H. II. Hunsingoër Landrecht van 1252, bekend als het perkament handschrift van SCALIGER. Voor den inhoud zie v. RICHTHOFEN, *Frs. Rechtsqu.*, bl. XXIV.
- 4) F. Fivelgoër en Oldampster Landregt (uitgegeven door HETTEMA, Dokkum 1841) op papier geschreven, dagteekenend van na 1424. Dit is het eenige bestaande Friesch Fivelgoër handschrift.
- 5) I. Het zoogenaamde *Ius municipale Frisonum*. Handschrift op papier, van 1464, herkomstig uit Westerlauwersch Friesland. Het is het eenige bestaande handschrift van dit oud-Friesch recht; naast de door SIEBS ontdekte *Aprographa Iuniana* van den *Codex Unia* vormt het de belangrijkste kenbron van oud-Westfriesch recht (uitgegeven in HETTEMA, *Oude friesche wetten*, II, 1847; vgl. SIEBS, *Westfries. Studien. Abhdl. d. Kgl. Preuss. Akad.* 1895, bl. 4, 45); 259 bladzijden.
- 6) R. Het zoogenaamde *Manuscriptum Roorda*, handschrift op papier, dagteekenend van het einde der 15<sup>e</sup> eeuw, van na 1480; vertoont ten minste drieërlei handschrift. Uitgegeven door HETTEMA onder den titel: *Iurisprudentia Frisica*, Leeuwarden 1835. Inhoud: „Haet is riucht?"; daarna §§ 1—15 van het zoogenaamde schoutenrecht, in hoofdzaak eene uit kanonieke en Romeinsche beginselen geputte rechtsverzameling in de Friesche taal; ten slotte de *Leges Upstalbomicae*, in het Latijn en in het Friesch, benevens een afschrift van een bul van Paus Leo (X?). Vgl. v. RICHTHOFEN, *Unters.* I, bl. 242 e. v., en SIEBS, *Westfr. Studien*, bl. 46.
- 7) Nederduitsch Ommelander handschrift op papier van 1528, klein 8<sup>o</sup>, 186 bladzijden. Het opschrift luidt: „Dit sint de rechten ende wilkoeren en vridommen de die Keiser Karolus ende de Paus Leo de Vriesen gaven do se Romen gewonnen hadden." Vgl. v. RICHTHOFEN, *Untersuchungen über frs. R.*, I, 24.
- 8) *Ius civile antiquae Frisiae inter Amasum et Lavicam*, Landrecht van Friesland tusschen de Eems en de Lauwers. Nederduitsch handschrift op papier, in 4<sup>o</sup>, 128 aan twee kanten beschreven bladzijden, dagteekenend van omstreeks 1660. Inhoud: „Over 't recht int gemeen"; Keiser Rudolphus boek; erfrecht; ordonnantiën van Hunsingo en Fivelgo van 1407 (1401?) en 1406; keuren en landrechten; rechtsopteekeningen van de Ommelanden, van Fivelgo, Vredewold, Langewold, Upstalbomer wetten e. a.



- 9) **Nederduitsch Ommelander handschrift in fol., 197 aan twee kanten beschreven bladzijden. Inhoud: Recht van Oldambt en Reiderland, bl. 1; Ommelander Landrecht, bl. 23; keuren en landrechten, bl. 51; Fivelgoër en Hunsingoër erfrecht, bl. 72; rechtsopteekeningen van Fivelgo, Fredewold, Langewold, Upstalbomer wetten e. a. Het schrift dagteekent van omstreeks 1600.**
- 10) **Datt olde Landrecht der Fresenn. Emsiger Landrecht, opnieuw in het Nederduitsch vertaald. Ditt Boeck tōnet und wijsett uns die sowentein willekōr. Het h.s. bevat 78 bladzijden in folio.**
-



## SOCIÉTÉS SAVANTES.

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DU DROIT (PARIS).

Séance du 6 Avril 1922.

M. PAUL FOURNIER, président, fait l'éloge de M. CHARLES LEFEBVRE, décédé le 4 avril 1922, professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris, où il occupa pendant de longues années une chaire d'histoire du droit français.

M. LÉVY-BRUHL donne lecture d'une communication sur *Les témoins dans la loi salique*.

La loi salique, en opposition tranchée sur ce point avec les autres lois barbares, aurait connu la preuve testimoniale. Cette opinion, généralement admise et non discutée aujourd'hui, mérite cependant d'être soumise à la critique, car elle soulève de graves objections. Le témoignage judiciaire paraît incompatible avec la forte cohésion du groupe domestique qui régnait chez les anciens Francs; il paraît aussi en désaccord avec l'organisation du procès, qui ne laisse au juge qu'un rôle passif à jouer. Il y a donc lieu de rechercher si la loi dans son texte fait une allusion certaine au témoignage judiciaire, c'est-à-dire au témoignage impartial de rencontre, dont il faut soigneusement distinguer non seulement les co-jureurs, mais les témoins instrumentaires, les témoins de notoriété, et les témoins du flagrant délit. Or, l'examen des textes allégués conduit à cette conclusion qu'aucun d'eux ne se rapporte sûrement au témoignage judiciaire, ni ceux qui parlent expressément de *testis* ou de *testimonium*, ni ceux qui feraient allusion au témoignage par des formules du type „si ei fuerit adprobatum”, ou „si adprobare non potuit”, ou enfin „si certe probata non fuit”. Il résulte de cet examen que la loi salique n'a pas plus que les autres lois barbares connu la preuve testimoniale.

Séance du 11 Mai 1922.

M. DE VISSCHER donne lecture d'une communication sur le *Fur manifestus*.

Nos sources contiennent deux définitions très différentes: celle du *fur manifestus* (*qui deprehenditur cum furto*), et celle du *furtum manifestum* (*quod deprehenditur dum fit*). — De ces deux notions, la première est la plus ancienne. Le sens originnaire du mot *manifestus* est actif: le *fur manifestus* est celui qui



est pris tenant la chose en main (*cum furto*). Cette notion concrète suffit à l'application de la justice privée, que la loi des XII Tables maintient contre le voleur capturé *cum furto* avant d'avoir porté le vol au lieu de sa destination. Elle est la seule qui appartienne à la technique du droit civil. Par contre, la loi accorde une action judiciaire avec peine du double au volé qui n'a pu saisir le voleur dans les conditions requises par la coutume : avec l'accusation de vol, la catégorie délictuelle abstraite prend place dans la technique juridique. Au *fur manifestus* s'oppose le *furtum* dit *nec manifestum* ; à cette opposition répond l'alternative entre deux modes répressifs, justice privée ou procédure judiciaire. Lorsque la décadence de la justice privée eut amené le préteur à ouvrir contre le *fur manifestus* lui-même une procédure judiciaire armée d'une peine au quadruple, la notion concrète du *fur manifestus* se révéla à son tour insuffisante. Le fondement premier de l'action est ici, comme dans l'*actio furti nec manifesti*, la preuve du *furtum factum esse*, et ainsi se dégage une notion abstraite du *furtum manifestum*, où le mot *manifestum* a le sens vulgaire et passif, et s'applique au *furtum facere* : „*quod deprehenditur dum fit*”. La réforme du préteur nous met ainsi en présence de deux variétés de *furtum*, soumises au même mode judiciaire de répression, mais déterminant des peines inégales. Or, pareille inégalité n'est justifiable que par une différence dans la qualification délictuelle. Le critère, qui, dans la loi des XII Tables, servait à séparer le jeu de deux modes répressifs, est donc passé du terrain de la procédure sur celui du fond même du droit. Mais son intervention est ici sans aucun fondement : il est impossible, en effet, de découvrir dans le *furtum manifestum* un délit d'une qualité différente de celle du *furtum nec manifestum*. Le système romain est devenu inintelligible. La doctrine vulgaire fut réduite à chercher dans l'*audacia* du voleur, dans l'*atrocitas* du crime, une explication boiteuse de la sévérité de la peine du *furtum manifestum*.

Sur l'invitation de M. le Président, M. DE VISSCHER donne des renseignements sur le V<sup>e</sup> Congrès international des sciences historiques, qui doit se tenir à Bruxelles en 1923, pendant les vacances de Pâques, dont M. PIRENNE est le président.

M. GLOTZ appelle l'attention des juristes et des historiens sur le *Gnomon* de l'Idiologue, ce code fiscal de l'Egypte romaine qui a été récemment découvert, et dont M. THÉODORE REINACH a publié une excellente édition, avec une traduction généralement irréprochable et un précieux commentaire. Ce document fournit dès à présent une masse de renseignements et se prête à toutes sortes de recherches nouvelles. M. GLOTZ se borne à parler des classes ethniques et des dispositions destinées à les maintenir.

Les classes dont l'existence est certaine sont : les Romains, les Grecs, les étrangers, et les indigènes. Mais sur les catégories qu'elles comprennent, il y a bien des doutes. Il semble qu'il faille distinguer dans la classe des Grecs : 1<sup>o</sup>. les Grecs dispersés dans le plat pays et jouissant d'une bourgeoisie personnelle, qu'atteste l'éducation au gymnase ; — 2<sup>o</sup>. les *ἀστοί* ou „bourgeois” tenant leur droit de la *πολιτεία* reconnue aux villes privilégiées, Naucratis, Ptolémaïs



et Antinooupolis; — 3°. les Alexandrins, citoyens de la πόλις par excellence et justiciables du préfet.

Pour maintenir toutes ces distinctions, l'administration est fortement armée. Parmi les prescriptions relatives aux mariages mixtes, il y en a une qui a surpris M. REINACH: c'est l'art. 45, qui fixe la part des enfants dans les acquets laissés par le père. Mais il n'est pas vrai que, deux enfants recueillant le quart ou le cinquième, un seul ait „la moitié” du tout; il a seulement „la moitié” de la part précédemment indiquée, c'est-à-dire le huitième ou le dixième.

Quant à l'usurpation d'état-civil, elle entraîne toujours la confiscation d'un quart de la fortune, et le complice est puni à l'égal du principal coupable. Aussi l'art. 44 est-il incompréhensible dans la traduction de M. REINACH: „Un Egyptien, qui déclare par écrit son fils comme ancien éphèbe, est puni de la confiscation du sixième de ses biens”. Mais τὸν διὰ τῆς ἀρχῆς ne signifie pas le quart des deux-tiers, mais le quart des deux personnages désignés, le père et le fils, qui sont responsables l'un et l'autre.

On voit par ces exemples que les cent quinze articles du *Gnomon* pourront donner lieu longtemps encore à des études d'un grand intérêt pour l'histoire du droit.

Ont été reçus membres de la Société: M.M. DU HAMEL, professeur à la Faculté de droit de l'Institut Catholique d'Angers; — PLASSART, docteur en droit; — LABORDERIE-BOULOU, docteur en droit, ancien chargé de cours à la Faculté de droit de Bordeaux; — NOWÉ, docteur en droit de l'Université de Gand; — FOURASTIÉ, archiviste du Lot.

#### Séance du 8 Juin 1922.

En ouvrant la séance, M. PAUL FOURNIER rend hommage à la mémoire de M. LOUIS DEBRAY, récemment décédé, professeur de droit romain à l'Université de Strasbourg, et membre de la Société depuis sa fondation. M. le Président rappelle la carrière scientifique de notre regretté confrère, et adresse à sa famille les condoléances de la Société d'histoire du droit.

Mr. JORDAN, professeur à la Faculté des Lettres de Paris, fait une communication relative à une sentence rendue par Pascal II, le 16 octobre 1113, qui tranche, en le racontant tout au long, un procès pendant entre l'archevêque de Bénévent et l'évêque de Troja. Elle a été publiée par KEHR, *Papsturkunden in Benevent und der Capitanata*, dans les *Nachrichten von der Königlichen Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen*, 1898, p. 66. — L'objet du procès, — la possession de la paroisse de Biccario, — est en soi insignifiant; — mais le récit détaillé qui en est fait, outre qu'il apporte quelques rectifications à l'itinéraire de Pascal II et à la liste des évêques de Troja, est intéressant à plus d'un titre. La longueur de l'affaire, commencée plusieurs années avant 1099, témoigne de l'acharnement des parties. La procédure est encore primitive, à peine organisée, nullement formaliste, patriarcale; presque entièrement orale; point d'archives. S'agit-il, au terme de ce procès qui dura des années, de



reconstituer une des sentences intervenues, c'est à la seule mémoire des juges que l'on a recours. Mais on aperçoit en même temps les premiers indices de ce qui sera un changement profond. Le droit romain, à peine revivifié par l'enseignement, tend déjà à entrer dans la pratique, au profit de l'esprit de chicane, comme s'en plaindra amèrement tout le XII<sup>ème</sup> siècle. On voit employer des arguments et des expressions remarquables à cette date. L'archevêque de Bénévent, désireux de trainer le procès en longueur, réclame qu'on le recommence depuis le début, sous prétexte que les formes du droit romain n'ont pas été observées: *debere causam ab initio incipere actionemque edere atque ad probationem, deinde ad finem sic pervenire, aliter autem judicium fieri non debere*. Son adversaire reconnaît qu'il aurait raison, si l'affaire était à ses débuts: mais *de initio judicii vel de editione actionis jam nunc tractare supervacuum est, cum lis jam ad finem... perducta sit*. Et la sentence déclare en effet que le procès *videtur et perfectum sumpsisse initium et litem contestatam...*

Ce procès est encore intéressant par le rôle dévolu aux cardinaux. Il se déroule précisément à l'époque où le Sacré-Collège est en train de se constituer peu à peu et de devenir le tribunal du pape; on le voit, dans notre document, s'acheminer vers ce rôle.

M. CHAMPEAUX expose le résultat de ses recherches sur *Les parentèles en Bourgogne*.

Les auteurs qui ont étudié le système successoral du décret du 17 nivôse an II, ont présenté cette partie de la législation révolutionnaire comme une création „originale” et „extrêmement curieuse”, rappelant par certains côtés le système des parentèles germaniques. Ils ne se sont pas aperçus que le système des coutumes *de tronc commun*, suivi en Bourgogne, était, sur bien des points, pareil à celui du décret de nivôse.

Le cause de cette erreur vient de ce que l'on s'est contenté jusqu'ici de reproduire les distinctions de POTHIER sur les coutumes souchères, les coutumes de coté et ligne, et les coutumes de simple coté, sans les approfondir, et qu'on a donné à la coutume de Paris une portée qu'elle était loin d'avoir, même à la fin de Ancien Régime. — En Bourgogne et dans tous les pays qui ont fait partie de l'ancienne *Burgundia*, on trouve encore à la fin de l'Ancien Régime des survivances du vieux système des parentèles, modifié en ceci, que l'ascendant commun ou tronc commun ne concourt pas avec ses descendants. — Ceci est incontestable pour le Duché de Bourgogne, pour la Comté de Bourgogne, et peut se démontrer, en dépit des interpolations parisiennes, pour les coutumes de Nevers, de Sens, d'Auxerre, et aussi, semble-t-il, pour les pays de la Suisse romande qui ont fait partie de l'ancienne *Burgundia*; peut-être même en peut-on trouver des traces en Champagne.

Ce système des parentèles, un peu modifié comme nous l'avons vu, n'était point d'ailleurs devenu un monopole bourguignon à la fin de l'Ancien Régime: il ne faut point chercher longtemps pour le retrouver à la base des coutumes de „ramage et branchage” et des coutumes de représentation à l'infini, dans la coutume de Normandie, etc. Le loi de nivôse, cette „machine à broyer le sol”, était beaucoup plus traditionnelle qu'on ne le croit communément, elle reflète la pure conception des pays coutumiers.



Le question qui se pose est celle de savoir si la coutume de tronc commun est une mitigation, un adoucissement de la coutume souchère conçue à la manière parisienne, comme on l'a cru jusqu'ici, ou si, au contraire, ce n'est pas la coutume souchère qui est un agrandissement, une déformation de la coutume de tronc commun. Ce dernier point de vue, qui est celui de M. CHAMPEAUX, modifierait profondément les explications actuellement données sur les successions coutumières.

---



# HISTORY OF THE NUMERICAL SYSTEM OF PROOF, OR "LEGAL PROOFS", IN ANGLO-AMERICAN LAW <sup>1)</sup>

BY

JOHN H. WIGMORE (CHICAGO).

---

It is well known that in the civil law of Continental Europe, the great rival of the English common law, its process of proof rested fundamentally on a numerical system, — commonly termed, in its flourishing days, the system of "legal proofs". By that system, a single witness to a fact was in general not sufficient; for the majority of facts, two witnesses sufficed; specific numbers of witnesses were in certain cases required; and in some regions, and for some purposes, the weight to be given to each witness' testimony was measured and represented in numerical values, even by counting halves and quarters of a witness; and this system continued in force down to comparatively recent times.

In the English common-law institution of jury trial, on the other hand, it was completely otherwise. At common law, there was but a single instance, and that a borrowed and modern one, of almost accidental and of anomalous origin (the rule in perjury), in which a numerical rule existed; what little else there is to-day of that sort has come into our system either by express statutes (all but one dating since 1800), or by the filtration of civil-law rules through the court of chancery, or by local judicial invention. The reason of this contrast, and of our successful resistance to the civil-law rules, and the causes of our freedom from a principle of evidence now generally acknowledged to be unsound and futile, form a history worth examining.

---

<sup>1)</sup> This historical sketch was first printed in the United States in 1901. As here revised, in the light of later studies, it will form § 2032 of the second edition (1923) of the author's *Treatise on Evidence in Trials at Common Law in the United States*.



1. It has been doubted whether the Roman law in its prime (that is, before 300 A. D.) proceeded upon a numerical system in its treatment of witnesses <sup>1</sup>). But it is clear that by the time of the Emperor CONSTANTINE, and also in the later codification of the Emperor JUSTINIAN, which served as a sufficient foundation for the Continental civil law, the Roman law had adopted the general rule that one witness alone was insufficient upon any material point <sup>2</sup>). This rule later came to be adopted in the Continental civil law, founded in part on the Roman law <sup>3</sup>).

But, long before this, it had become a part of the canon or ecclesiastical law, which for much of its material was accustomed to draw upon the Roman law. The ecclesiastical law developed the numerical principle freely, and elaborated many specific rules

<sup>1</sup>) "The canonists erroneously supposed that the orthodox Roman jurists understood the maxim 'testis unus testis nullus' in the sense that a single witness did not suffice for proof. It was CONSTANTINE who first laid down the arbitrary rule that one witness did not suffice; and the canon law accepted the principle with the more respect because it was sanctioned in Deuteronomy" (GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VI, 543; 1895).

<sup>2</sup>) Digesta, xxii, 5, 12 (Ulpian; "Ubi numerus testium non adiicitur, etiam duo sufficiunt; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est"); Codex, iv, 20, 4 (A. D. 283; "solam testationem prolatam, nec aliis legitimis adminiculis causa approbata, nullius esse momenti certum est"); Codex, iv, 9, § 1 (A. D. 334; "Simili modo sanximus ut unius testimonium nemo iudicum in quocunque causa facile patiaturs admitti. Et nunc manifeste sancimus ut unius omnino testis responsio non audiaturs, etiamsi præclare curiæ honore præfulgeat").

<sup>3</sup>) This later Continental had no direct influence on English law, and need not be further noticed. Its tenor in the 1700s and earlier may be seen in BONNIER, *Traité des Preuves*, 1888, 5th ed., §§ 293, 432; POTHIER, ed. 1821, *Procédure civile*, pt. 1, c. iii. Its history may be found in the following works: 1882, ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 260, 266 (transl. SIMPSON; *Continental Legal History Series*, Vol. V), 1913, pp. 57, 516, 620; 1900, PERTILE, *Storia del diritto italiano*, 2d ed., vol. VI, pt. 1, p. 386. 1917, S. MESSINA, La prova per testimoni nel processo penale del medio evo (1912, LUCCHINI'S *Rivista Penale*, vol. 76, p. 511); G. SALVIOLI, *Le prove legali secondo la dottrina piu antica* (1916, *Rivista giuridica d'Italia*, vol. II); G. SALVIOLI, *Note per la storia del procedimento criminale* (1918, Accademia di scienze morale e politiche della Società Reale di Napoli, c. ii; *Moral Certainty of Proof in Early Medieval Law*, c. iii; *Legal Proofs in the early Italian Practice*, c. iv; *The Theory of Presumptions*, c. v; *The Theory of Common Repute in Canon Law*).



as to the number of witnesses necessary in various situations; against a cardinal, for example, twelve or perhaps forty-four witnesses were required. It is enough to note that its general and fundamental rule was that a single witness was in no case sufficient <sup>1</sup>). In the Church's system, however, this rule received an additional sanction, over and above the mere precedent of Roman law, from the law of God as revealed in Holy Writ; for passages in the Bible, both in Old and New Testaments, were confidently appealed to as justifying and requiring this rule by Divine command <sup>2</sup>); and this sanction sufficed to give the nume-

<sup>1</sup>) *Ante 1400, Corpus Juris Canonici, Decret. Greg.* lib. ii, tit. xx, de testibus, c. 23 ("licet quædam sint causæ, quæ plures quam duos exigant testes, nulla est tamen causa, quæ unius tantum testimonio, quamvis legitimo, rationabiliter terminetur"); see also ib. c. 28, c. 4 (quoting the Bible); *Decret.* pars ii, causa iv, qu. ii and iii, c. iv, § 26, reproducing ULPIAN; 1552, *Reformatio Legum [Angliæ] ecclesiasticarum*, tit. de testibus, c. 40 ("Testes singulares nihil probant"); 1713, GIBSON, *Codex Jur. Eccl. Angl* 1054 ("In the spiritual court, they admit no proof but by two witnesses at least; in the temporal court, one witness, in many cases, is judged sufficient"); 1726, Ayliffe, *Parergon*, 541, 544 ("Though regularly single witnesses make no proof according to the civil and canon law, nor yet so much as half proof by these laws", yet there are exceptions; in criminal causes, no exception is named except for a confession); 1738, OUGHTON, *Ordo Judiciorum*, tit. 83, p. 127 ("Jura dicunt, quod regulariter duo testes sufficiunt").

For the modern ecclesiastical law, as keeping up these rules, see HINSCHIUS (1897). *System d. 'katholischen Kirchenrechts*, pt. vi. pp. 101, 108, § 364; Bishop ONDERDONK'S Trial (1845), APPLETON'S ed., 227, 242, 277; DROSTE, *Canonical Procedure*, tr. MESSMER (1887), p. 106. In the revised Canon law of the Catholic Church they appear in the following canons: *Codex Juris Canonici Pii X* 1917, Can. 1791, § 1 ("Unius testis depositio plenam fidem non facit, nisi sit testis qualificatus qui deponat de rebus ex officio gestis"); § 2 ("Si sub juramenti fide duæ vel tres personæ, omni exceptione majores, sibi firmiter cohærentes, de aliqua re vel facto in judicio testificentur de scientia propria, sufficiens probatio habetur; nisi" etc.)

<sup>2</sup>) *Deut.* xvii, 6: ["The murderer shall be put to death]; but at the mouth of one witness [only] he shall not be put to death"; ib. xix, 15: "For any iniquity . . . at the mouth of two witnesses, or at the mouth of three witnesses, shall the matter be established"; *Numb.* xxxv, 30 (like *Deut.* xvii, 6); *Matt.* xviii, 16: ["If thy brother trespass against thee, and reject thy complaint, then take with thee one or two more, that in the mouth of two or three witnesses every word may be established"; *II Cor.* xiii, 1 (similar); *I Tim.* v, 19; *Hebr.* x, 28 (allusions to the foregoing ideas); *John* viii, 17: "It is also written in your law that the testimony of two men is true".



rical system of the ecclesiastical law an overbearing momentum and a sacred orthodoxy which must be considered in order to appreciate the force against which in due time the common-law judges had to struggle. The ecclesiastical Court's procedure, developing rapidly after the 1200s, exercised the dominant influence for several centuries (*post*, § 2252) in shaping the procedure, both civil and criminal, of the temporal courts in all the kingdoms of western Europe.

The truth was, however, that at this time of the Papal Decretals, and long after the end of the Middle Ages, the rule precisely accorded with the testimonial notions of the time. It was not, in its spirit, an invention of the ecclesiastical lawyers, nor yet a mere continuance of Roman precedent; it was a natural reflection of the fixed popular probative notions of the time, — notions which prevailed as well in the sturdy, self-centred island of England as on the Continent at large. The prevalence and meaning of this underlying notion must now be examined.

2. Civilization, needless to say, almost began over again with the invasion and settlement of southern and western Europe by the Gothic hordes in the 400s. and 500s. Primitive notions prevailed once more, and the slow process of development had to be repeated, — repeated for the law as well as for other departments of life. Much Roman law remained in the South, and a large body of it was received in a mass in Germany in the 1500s; but this affected chiefly specific rules; the popular and general instinctive legal notions had to grow once more out of primitive into advanced forms. Now one of the universal and marked primitive notions is that of the oath as a formal act, mechanically and 'ipso facto' efficacious (like the ordeal and the trial by battle), and quantitative in its nature. This notion is merely one particular phase of the entire system of formalism inherent in the stage of intellectual development at which our Germanic ancestors were in that epoch. It is a matter of the whole spirit of the times, not of a particular or local belief.

This formalistic conception of law in general and of proof in particular has been plainly described, in its present application to the oath, by Professor BRUNNER, that greatest of Germanists: <sup>1</sup>).

<sup>1</sup>) *Die Entstehung der Schwurgerichte*, ed. 1872, 48, 53.



"[The domination of formalism and the narrow limits of judicial freedom of judgment were the marked features of Germanic procedure.] It was not to the Court, and with the object of persuading the Court, that proof was furnished, but to the opponent, and with regard to the persuasion or belief of the whole body. The general principle [of formalism] included the proof-procedure; here, too, was the judicial discretion replaced by the compulsion of form. Thus the proof was not submitted to the judge's valuation, but was prescribed once for all by rules which must be fulfilled before the proof tested by them could be regarded as efficacious. These rules consisted of forms, in which the proof-result must manifest itself or (so to speak) crystallize itself, while proof-material available informally or in other forms remains disregarded.... The formalism of the party's oath exhibits itself above all in the feature that the oath is 'staffed'; for the opponent of the swearer, holding in his hand a staff, pronounces to the latter the oath-formula, which contains the allegation presented for decision. The swearer is obliged to repeat word for word this 'staffed' formula, while touching the staff and calling upon God. A single error of word defaulted him.... [So also for proof by witnesses.] There was no questioning of them. The witnesses had to swear, word for word, to the allegation presented for decision. The probative force of the witnesses' doings lay exclusively in the oath-form of their utterance. Only by an error in this form (it would seem) could the witnesses be ineffective.... Apart from peculiarities of special tribal laws, the controversy was decided as soon as the witnesses had sworn their oath according to the necessary formalities. If the opponent of their party was unwilling to let it rest here, he had (by some customs) a single means of overthrowing the witnesses,... [namely,] a duel with the impeached witnesses settled the result of the controversy."

The oath, then, in the Germanic epoch is but a single product of the pervading formalistic conception of procedure and of proof. All through the Saxon and Norman times, the oath is a verbal formula, which, if successfully performed without immediate disaster, is conceded to be efficacious 'per se', and irrespective of personal credit.

It follows, too, since the performance of this act is in itself efficacious, that the multiple performance of it, if persons can be obtained who will achieve this, must multiply its probative value proportionately. This numerical conception is inherent in the general formalism of it. Thus, again, all through these times, the oath is for greater causes sworn by greater numbers, sometimes six-handed, or twelve-handed, or twenty-four-handed; that is, a degree of greater certainty is thought to be attained, not by analyzing the significance of each oath in itself and relatively to the person, but by increasing the number of the oaths. An



oath was one oath; and though as between persons of inferior and superior rank certain differences were sometimes recognized, yet in general and between persons of the same rank one oath was equal to any other oath, with no distinctions based on their testimonial equipment for the case in hand. In short, whatever varieties of probative situations present themselves, the only expedient that suggests itself seems to be some change in the number of oaths <sup>1</sup>).

Little by little, to be sure, a newer idea develops. Numerous oaths may be required to overcome certain strong masses of (what we should now call) presumptive evidence. The classes of cases in which oaths are allowed operative force 'per se' are diminished. Most important of all, witnesses may be examined briefly before being allowed to take the oath, and witnesses showing a total lack of knowledge may not be allowed to swear <sup>2</sup>); and of a piece with this comes the separate examination of witnesses swearing on the same side, for a conflict in their stories when separately examined resulted in discrediting their oaths. Even in this latter expedient the feebleness of the new reasoning process is seen, in that the oaths appear (at any rate when taken before the judges and not before a jury) merely to fail as formal acts, and little attempt is made to decide upon the witnesses' relative personal credit. Finally, the spread of jury trial must have helped gradually to develop the more rational spirit of investigation of facts and to outlaw the more marked features of primitive formalism. But these steps of progress in popular conceptions of the nature of proof are only slow and gradual, — much more so than one might suppose. The merely superstitious and extreme notion of a witness' oath dies out; but the mechanical, quantitative, formal conception persists for many centuries.

<sup>1</sup>) The rules here summarily referred to may be found in BRUNNER, *ubi supra*, c. iii; BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 387, 397; THAYER, *Preliminary Treatise on Evidence*, 17–34; LEA, *Superstition and Force*, 4th ed. 21–100; DECLAREUIL, *Les preuves judiciaires dans le droit franc du 5<sup>me</sup> au 8<sup>me</sup> siècle* (*Nouv. revue hist. de droit fr. et étr.*, 1899, p. 188); GLASSON, *ubi supra*, III, 462, 485, 487.

<sup>2</sup>) Yet even here the innovation made little direct change in the formal effectiveness of the oath: BRUNNER, *Schwurgerichte*, 67, 68, 85, 198.



Its purely quantitative and ponderative nature may be seen in the treatment of opposing witnesses' contradictions:

Professor J. B. THAYER, *Preliminary Treatise on Evidence*, 23<sup>1)</sup>: "We read [in a case of 'cui in vita', in 1308], that they were at issue 'issint cesti qui mieulx prove mieulx av', and the tenant proves by sixteen men, etc., and the demandant by twelve; and because the tenant's proof" "fuit greindr", than the demandant's, it was awarded', etc. If we take Fitzherbert's account to be accurate, it might appear that the twelve men on each side cancelled each other and left a total of four to the credit of the tenant, a result which left his proof the better" <sup>2)</sup>.

It is surprising to us to-day to note how long this conception of the oath (*i. e.* of a single testimonial assertion) persisted <sup>3)</sup>. What is material to our purpose is that as a popular notion and instinctive mental attitude it was still in almost full force in the 1500s, at the time when the conflict of the common law and the ecclesiastical system came upon the stage. The vital force of this quantitative idea of a witness' testimony is seen pressing to the surface in abundant casual instances down into the 1700s <sup>4)</sup>; and

<sup>1)</sup> See also THAYER, *ubi supra*, 22, 98, 99.

<sup>2)</sup> The case above cited by THAYER is now to be found in MAITLAND's edition of the *Year Books*. Vol. I (SELDEN, Soc. Pub., Vol. XVII), 2 Ed. II, 1308, No. 54, p. 111 ("And because Tibald's proof was better and greater", says one text; but another says, "was proved by more"). An example of 1312 A. D. is seen in *Cressy v. Siward*. Y. B. 5 Edw. I. EASTER, No. 55, p. 121 (BOLLAND's ed., SELDEN, Soc. Pub. vol. XXXIII, 1916), where in a plea of serfdom the defendant objects to the tender of H. as a witness "because he is alone and the testimony of a single person is as the testimony of no one".

<sup>3)</sup> "All our old collections of customary law emulate each other in reminding us that a single witness cannot suffice, but that proof is made as soon as two at least are found to testify to the same effect. Curiously enough, this bizarre system was accepted by our jurists, down to the Revolution, without the least protest" (GLASSON, *ubi supra*, 543).

<sup>4)</sup> 1560, *Thorne v. Rolff*, DYER, 185 a (in a case where two witnesses of a husband's death were on one side and none on the other side, the old maxim is sanctioned, "qui melius probat, melius habet"); 1571, Duke of Norfolk's Trial, Jardine's Crim. Tr. I, 178 (Richard Candish was sworn and testified to treasonable words of the accused. "when the Duke gave him reproachful words of discredit"; upon which Serjeant Barham interjected, "He is sworn, there needeth no more proving"); 1633, Massinger, in "A New Way to Pay Old Debts, act 5, sc. 1 (Sir Giles Overreach; "Besides, I know thou art a public notary, and such stand in law for a dozen witnesses"); 1683, L. C. J. Pemberton, in Lord Russell's Trial, 9 How. St. Tr. 577, 618 ("If you cannot contradict them by testimony, it will



it is only here and there that a protest is raised against its fallacy<sup>1</sup>). It is probable, indeed, that the long delay in abolishing the disqualification of witnesses by interest (*ante*, § 575), and the popularity of those rules till the end of the 1700 s, was due to a lurking feeling that an oath-assertion, merely as such, of anybody whatever was (if once admitted) at least good for something, — counted for one as testimony<sup>2</sup>). Only by a slow and comparatively recent development came the rational notion of analyzing and valuing testimony other than by numbers. Even to-day, among juries in some places, there is no doubt a mere counting of oaths or witnesses<sup>3</sup>).

Impossible as it may be to note in any precise epoch the parting of the ways, and to put ourselves back fully into the mental condition of the former days, the living force of the old numerical conception as late as the 1500 s and 1600 s cannot be doubted. It appears plainly enough even on the dead printed pages of the State Trials; and its nature has been very well phrased by Sir JAMES STEPHEN, in the following passage:

1883, Sir JAMES STEPHEN, *History of the Criminal Law*, I, 400: "The opinion of the time [before 1700] seems to have been that, if a man came and swore to anything whatever, he ought to be believed, unless he was directly contradicted.... The juries seem to have thought (as they very often still think) that a direct unqualified oath by an eye-or ear-witness has, so to speak, a mechanical value, and must be believed unless it is distinctly contradicted.... If the Court regarded a man as a 'good' (*i. e.* a competent) 'witness', the jury seem to have believed him as a matter of course, unless he was contra-

---

be taken to be a proof"); 1715 PARKER, C. J., in *R. v. Muscot*, 10 Mod. 192 ("a credible and probable witness shall turn the scale in favor of either party"); 1736, Lord HARDWICKE, C. J., in *R. v. Nunez*, Lee cas. T. Hardwicke, 266 ("One witness is not sufficient to convict a man of perjury, unless there were very strong circumstances; because one man's oath is as good as another's").

On the general fact, see HOLDSWORTH, *History of the English Law*, vol. I, 3d ed. 1922, p. 302.

<sup>1</sup>) See the remarks of Sir JOHN HAWLES, Solicitor-General (about 1700); in 8 How. St. Tr. 741.

<sup>2</sup>) *Ante* 1726, Chief Baron GILBERT, *Evidence*, 139: "Every plain and honest man affirming the truth of any matter under the sanction and solemnity of an oath is entitled to faith and credit."

<sup>3</sup>) Compare the measures taken in the French Code d'Instruction Criminelle of 1808 to educate juries out of this attitude: ESMEIN, *ubi supra*, 545.



dicted; though there are a few exceptions . . . The most remarkable illustration of these remarks is to be found in the trial of the five Jesuits. . . . [Chief Justice SCROGGS says:] 'Mr. FENWICK says to all this, "Here is nothing against us but talking and swearing." But, for that, he hath been told (if it were possible for him to learn) that all testimony is but talking and swearing: for all things, all men's lives and fortunes, are determined by an oath, and an oath is by talking, by kissing the Book, and calling God to witness to the truth of what is said'. . . . SCROGGS was right as to what it [the practice of juries] actually was, and to a certain extent still is. It is true that juries do attach extraordinary importance to the dead weight of an oath."

3. There was, therefore (and this is at once the sum of the foregoing and the key to the ensuing history), in the English common-law courts of the 1500s, nothing at all of repugnance to the numerical system already fully accepted in the ecclesiastical law. The same popular probative notion there prevailed among judges, juries, and counsellors as on the Continent. They were equally prepared and accustomed to weigh testimonies by numbers, and therefore would see nothing fallacious in a rule declaring one witness not enough, and requiring specified numbers of witnesses.

And this was a period when the recognition of such a rule was in fact frequently demanded of the common-law Courts. It was a time when the conflict between the ecclesiastical and the common-law Courts was at its last and perhaps its crucial stage, — a conflict important in other respects to the rules of Evidence <sup>1)</sup>. The methods of the ecclesiastical Courts had formed those of the Continental lay Courts during the preceding two centuries. They were now forming those of the Courts of chancery and of admiralty. The ecclesiastical lawyers were a distinguished and powerful body; their influence was notably felt in politics and in political trials. There was no way of yet knowing whether their system and not the common-law system might ultimately preponderate in the shaping of English jurisprudence <sup>2)</sup>. When their rule declaring one witness insufficient was appealed to, the appeal had behind it the force of presumption due to the prestige of a great system, orthodox on the Continent, and not unequal in its

<sup>1)</sup> Compare the history of the rule against self-crimination.

<sup>2)</sup> See Professor F. W. MAITLAND's enlightening essay, *English Law and the Renaissance* (1901).



rivalry in England. Add to this, the immense force of the invocation of the law of God, of the Scriptures sanctioning the rule of the Church's law and protecting the innocent against condemnation by single witnesses.

Such was the attempt now repeatedly made to fix upon jury trials at common law the fundamental rule of the ecclesiastical law; and it is apparent, from the utterances recorded as late as the early 1600s, that there was then no certainty that the attempt would not succeed:

1637, *Bishop of Lincoln's Trial*, 3 How. St. Tr. 769, 786; COTTINGTON, L. C.: "It is not always necessary in this Court to have a truth proved by two or three witnesses; men will be wary in bribery;.... and 'singularis testis' many times shall move and induce me verily to believe an act done, when more proofs are shunned" <sup>1</sup>).

The traditional practice of the common-law Courts, at the time of this attempt, is revealed definitely in the controversy over certain prohibitions issued by them forbidding the ecclesiastical Courts to take cognizance of matters temporal (*i.e.* not matrimonial nor testamentary). It is not clear that the former specifically acted on the ground of the latter's employing an improper rule of Evidence; they apparently disputed the jurisdiction, not the mode of proof. But it seems to be conceded by the ecclesiastics that the common-law judges in practice asked for no more than one witness. These had as yet probably not had the issue forced upon them in their own courts; but their orthodox practice is clear; they never required a number of witnesses before the jury:

1605, BANCROFT'S *Articuli Cleri*, and the *Judge's Answers*, 2 Co. Inst. 599, 608; 2 How. St. Tr. 131, 143. "Objection [by the Clergy]: There is a new devised suggestion in the temporall Courts commonly received and allowed, whereby they may at their will and pleasure draw any cause whatsoever from the ecclesiasticall Court; for example, many prohibitions have lately come

---

<sup>1</sup>) See also: 1620, Lord Bacon's Trial, 2 How. St. Tr. 1087, 1093; 1622, *Adams v. Canon*, DYER 53 *b*; 1623, *R. v. Newton*, DYER 99 *b*, note; 1632, *Sherfield's Trial*, 3 How. St. Tr. 519, 542, 545; 1640, *Strafford's Trial*, 3 How. St. Tr. 1427, 1445, 1450; many other scattered instances might be found. The statutory rule for treason was said to have been enacted in direct imitation of the ecclesiastical law. The civil-law rules actually obtained force in Scotland: 1705, *Green's Trial*, 14 How. St. Tr. 1199, 1235.



forth upon this suggestion, that the laws ecclesiasticall do require two witnesses, where the common law accepteth of one, and [that] therefore it is *contra legem terrae* for the ecclesiasticall judge to insist upon two witnesses to prove his cause." *Answer* [by the Judges]: "If the question be upon payment or setting out of tithes, or upon the proove of a legacy or marriage; or such like incidence [of strictly ecclesiastical jurisdiction], we are to leave it to the triall of their law, though the party have but one witness; but where the matter is not determinable in the ecclesiastical court, there lyeth a prohibition, either upon or without such a surmise" <sup>1</sup>).

It is about this time that the indications occur (in the passages above quoted) of a judicial inclination to yield to the ecclesiastical principle, and of a general attempt and legislative to carry into the common-law courts the fundamental rule that a single witness was not sufficient <sup>2</sup>).

4) But the attempt failed — and failed absolutely. After the middle of the 1600s there never was any doubt that the common law of England in jury trials rejected entirely the numerical system of counting witnesses and of requiring specific numbers <sup>3</sup>).

<sup>1</sup>) The following are instances of prohibitions arising in this controversy: 1607, *Chadron v. Harris*, Noy 12 (plea, payment of legacy; prohibition not granted); 1611, *Robert's Case*, 12 Co. 65, Cro. Jac. 269 (mere surmise in advance, not sufficient to secure a prohibition); 1629, *Warner v. Barret*, Hetley 87 (plea of 'plene administravit'; prohibition apparently granted); 1688, *Richardson v. Disbrow*, 1 Ventr. 291 (legacy; prohibition issued); 1691, *Shotter v. Friend*, 3 Mod. 238 (payment of legacy; prohibition issuable); 1698, *Breedon v. Gill*, 1 Ld. Raym. 219, 221 (issuable for a legacy, but not for revocation of oral will).

<sup>2</sup>) During the 1500s and 1600s statutes also exhibit the pervasiveness of the numerical notions: 1558, St. 1 Eliz. c. 1, § 27 ("two sufficient witnesses" required for offences under this act against heresy and foreign church authority); 1597, St. 39 Eliz. c. 20, § 10 ("two sufficient witnesses" required for offences in cloth-making); § 7 (for certain offences, the pillory is provided, "being lawfully convicted by the verdict of twelve men and two sufficient witnesses"); 1627, 13 Car. I, c. 2 (for violations of the Sunday law, "two or more witnesses" or the party's confession, are to suffice before the magistrates); 1688, 1 W. & M. c. 18, §§ 14, 19; 1691, 3 & 4 W. & M. c. 11, § 5. In 1736-37, a statute was enacted to prevent smuggling (COBBETT's *Parl. Hist.* IX, 1229. CAMPBELL's *Lives of the Chancellors*, VI, 149), penalizing the bearing of arms in companies of three or more when travelling, "on proof by two witnesses that their intention was to assist" in smuggling.

<sup>3</sup>) There is a foreshadowing of it in the previous century: 1551. *Reniger v. Fogossa* Plowd. 1, 8, 12 (where the Court's opinion was for the defendant, without reasons given; but the defendant had argued that one witness sufficed



The only exception to this — the case of perjury — “proves the rule”, because it was not established until the early 1700s (*post*, § 2040), when the rejection of the numerical system had been already definitely accomplished.

5. What, then, was the reason why the common-law Court, in their system of evidence for jury trials, declined to number witnesses like the ecclesiastical Court, and to lay down the rule that a single witness was insufficient?

Briefly, the different nature of the tribunal. The situation which would call for such a rule simply did not exist for the common-law

---

in jury trials); Plowden published in 1578, and the case's significance dates from that time. But no positive deliverance seems to come till after the middle of the 1600s: 1662, *Tong's Trial*, 6 How. St. Tr. 226, Kelyng (“at common law, one witness is sufficient to a jury”); then Sir MATTHEW HALE and L. C. J. HOLT, quoted *post*, emphasize this before the end of the century. Thereafter the matter is assumed on all hands: 1806, L. C. ERSKINE, in *Clifford v. Brooke*, 13 Ves. Jr. 131, 134 (the law of one witness' sufficiency “is uniform in principle and practice, with the single exception of the case of perjury”).

In the American colonies the notion is seen surviving somewhat later than in England: *Conn.* 1672, *Conn. Revision*, p. 69 (“It is ordered by this Court that no person for any fact committed shall be put to death without the testimony of two or three witnesses, or that which is equivalent thereunto”; this is still the law in Connecticut; *Mass.* 1641, *Mass. Body of Liberties* (WHITMORE's ed.) § 47 (“No man shall be put to death without the testimony of two or three witnesses or that which is equivalent thereto”); repeated in Revisions of 1660 and 1672, (“Witnesses”); 1660. *Mass. Revised Laws and Liberties*, “Inn-keepers,” § 13 (offences against the liquor-laws are to be determined by magistrate's view or constable's affirmation “and one sufficient witness, with circumstances concurring, or two witnesses, or confession of the party”; repeated in revision of 1672, “Innkeepers”); *Pa.* 1664, *Duke of Yorks Laws*, in *Eastman, Courts and Lawyers of Pennsylvania*, 1922, I, 40 (like *Mass. Body of Liberties*); 1682, *Great Body of Laws*, c. 36, in *Eastman, ubi supra*, 76 (quoted *infra*); 1692, *Proprietor v. Keith*, *Pa. Col. Cas.* 117, 139, 141 (libel; the defendant's printing was evidenced by the finding of the printing-frame in his house; the jury retired, but came back to ask “whether the law did not require two evidences to find a man guilty”; c. 36 of the *Body of Laws* provided that “there shall be two credible witnesses in all cases in order to judgment”; Counsel LLOYD then read a passage “out of a law book, that they were to find it by evidences, or on their own knowledge, or otherwise; now, says D. LLOYD, this “otherwise is the frame which you have, which is evidence sufficient”; but the jury disagreed, some of them thinking the evidence insufficient).



judge. The case of having merely one witness could not arise; for the jurymen *were already witnesses* to themselves, as well as triers. It is unnecessary here to do more than recall that vital circumstance which has in so many ways affected the history of our rules of evidence, namely, that the jury, until at least the early 1700s, were in legal theory entitled to avail themselves of information contributed personally by themselves and obtained independently of the witnesses produced in court; and that during the 1500s and 1600s this joint quality of witnesses and jurors still obtained practically for a more or less considerable part of their evidential material <sup>1</sup>). The situation was, therefore, radically different for the common-law judge and the ecclesiastical judge. The former need not and could not measure the witnesses that appeared before him. He could not declare one insufficient and two or more necessary, for this was not all the evidence. There was always, besides the witnesses produced in court, an indefinite and supplementary quantity of evidence existing in the breasts of the jurors. There were (as FORTESCUE says) twelve other witnesses besides the one produced before the bar; and, as to the extent of the evidential contribution of these others, the judge did not know and had no right to know what it amounted to. It was therefore impossible and preposterous for him to attempt to declare insufficient and to reject the one or more witnesses produced in court. The jury might still go out and find a verdict upon no witnesses (of the ordinary kind) at all. Judicial rules of number would thus be wholly vain and out of place.

Such was the logical and necessary answer to any attempt to introduce the numerical system in jury trials. This had been FORTESCUE's reasoning in the 1400s; and this was the answer of the judges in the late 1600s, when the question was forced upon them:

*Circa 1460, Sir JOHN FORTESCUE, L. C., in his De Laudibus Legum Angliæ, c. 33: "Prince: 'But, my good chancellor, though the method [of trial by jury] whereby the laws of England sift out the truth in matters which are at issue highly pleases me; yet there rests one doubt with me, whether it be not repugnant to Scripture.... Our Saviour, speaking of offences and forgiving*

<sup>1</sup>) The demonstration has been made in THAYER'S *Preliminary Treatise on Evidence*, 137—170.



one another, among other things delivers himself thus: "If thy brother will not hear thee, then take with thee one or two more, that in the mouth of two or three witnesses every word may be established". Now if in the mouth of two or three witnesses God will establish every word, why do we look for the truth in dubious cases from the evidence of more than two or three witnesses? No one can lay better or other foundation than our Lord hath laid. This is what in some measure makes me hesitate concerning the proceedings according to the laws of England in matters of proof; wherefore I desire your answer to this objection'. *Chancellor*: 'The laws of England, sir, do not contradict these passages of Scripture for which you seem to be so concerned; though they pursue a method somewhat different in coming at and discovering the truth.... If the testimony of two be true, 'a fortiori' the testimony of twelve ought rather to be presumed to be so. The rule of law says "the more always contains in it that which is less" <sup>1)</sup>. [The law of England] never decides a cause *only* by witnesses, when it can be decided by a jury of twelve men, the best and most effectual method for the trial of the truth, and in which respect no other laws can compare with it'. ... *Prince*: 'I am convinced that the laws of England eminently excel, beyond the laws of all other countries, in the case you have been now endeavoring to explain. And yet I have heard that some of my ancestors, kings of England, have been so far from being pleased with those laws that they have been industrious to introduce and make the civil laws a part of the constitution, in prejudice of the common law. This makes me wonder what they could intend or be at by such behavior'.

1696, *Vaughan's Trial*, 13 How. St. Tr. 485, 535, treason upon the high seas; <sup>2)</sup> it was argued that the admiralty trial under the civil law was the proper one. L. C. J. HOLT: "There needs not two witnesses to prove him a subject [of the King]; . . . Our trials by juries are of such consideration in our law that we allow their determination to be best and most advantageous to the subject; and therefore less evidence is required than by the civil law. So said *Fortescue* in his commendation of the laws of England". Dr. OLDISH: "Because the jury are witnesses in reality, according to the laws of England, being presumed to be 'ex vicineto'; but when it is on the high and open seas, they are not then presumed to be 'ex vicineto', and so must be instructed according to the rules of the civil law by witnesses" <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Here he names the instances of "trial" by witnesses without jury, in admiralty, etc.

<sup>2)</sup> Apparently the statute under which this trial was had, substituting the jury trial for trial by the civil law, was passed chiefly for the very purpose of avoiding the latter's numerical rules; see the preamble to St. 27 H. VIII, c. 4 (1535); St. 28 H. VIII, c. 15; HAWKINS, Pl. Cr., b. 1, c. 37, § 3; c. 31, § 12.

<sup>3)</sup> See also the arguments of BROOK and ATKINS, in *Reniger v. Fogossa* (1551), Plowd. 1, 12; Sir MATTHEW HALE (*ante* 1680), *History of the Common Law*, c. 12.



That this was the actual and only reason for rejecting the numerical system is further to be seen in the circumstance that wherever the common law *had* preserved a "trial by witnesses", *i.e.* a determination by oaths made directly before the Court without the intervention of a jury, there the numerical system was found in force, — not in an elaborate form, but in its fundamental notion that one witness alone was not sufficient. "The laws of England," said Sir JOHN FORTESCUE, "likewise affirm," with the civil law, "that a less number than two witnesses shall not be admitted as sufficient" in cases where a jury is not used. This was, indeed, the accepted tradition for "trial by witnesses" made directly to the Court in the manner of the civil and ecclesiastical law. There has been some difference of opinion as to the kinds of issue in which this was the proper mode of trial<sup>1</sup>); but there seems to be no doubt that whenever it was the proper mode, the witnesses must be at least two in number<sup>2</sup>). Moreover, when the classical commentators refer to the rule for this mode of trial, they expressly point out as the reason for the distinction the fact that the jurors are themselves also witnesses<sup>3</sup>).

This reason, then, — the different nature of the jury as a tribunal, — was the reason for the failure of the numerical

---

BURKE, with his usual acumen, pointed out this feature of the history in his disquisition on Evidence, in the Report on Warren Hastings' Trial, in 1794 (31 *Parl. Hist.* 330).

<sup>1</sup>) See THAYER, *Preliminary Treatise on Evidence*, 17—24; BEST, *Evidence*, §§ 612—614.

<sup>2</sup>) *Ante* 1726, GILBERT, *Evidence*, 151 (stating as an exception the case of a bastard's mother charging the father); BEST, *ubi supra*; 1807, *Wambaugh v. Schenck*, 1 Penningt. 229, *semble* (dower; trial by witnesses before the Court without jury).

<sup>3</sup>) 1629, Coke upon Littleton, 6 *b* ("It is to be known that when a trial is by witnesses, regularly the affirmative ought to be proved by two or three witnesses, as to prove a summons of the tenant, or the challenge of a juror, and the like. But when the trial is by verdict of twelve men, there the judgment is not given upon witnesses or other kind of evidence, but upon the verdict, and upon such evidence as is given to the jury they give their verdict"); 1726, GILBERT, *Evidence*, 151 ("for one man's affirming is but equal to another's denying, and where there is no jury to discern of the credibility of the witnesses, there can be no distinction made; . . . that must be left to the determination of the neighborhood").



system to find a place in our common-law rules of evidence <sup>1</sup>).

6. It remains only to ask why this question did not come up for practical settlement earlier than the 1600s? Why was not the contrast between the ecclesiastical system and the common-law system forced to an issue before that comparatively late period in the history of jury trial? The jury had been in general use for at least three hundred years, and the ecclesiastical courts had had an even longer career in England. Why had not the attempt been earlier made to introduce the witness-rules of the latter into the procedure of the former?

The answer is, simply, that there had before then been no witnesses to whom the ecclesiastical rules could be claimed to apply. It is perfectly well established that the extensive and habitual use of witnesses, in the modern sense, does not appear until the 1500s <sup>2</sup>); and it may be supposed that all through the 1500s the increase of importance in the witnesses' function, and the relative quantity of the information supplied by them as compared with that supplied by the jurors' own knowledge, was but of slow and gradual growth. In the previous history of the jury, and until this period of 1500—1650, there would be no suggestion of an analogy to the situation in the civil-law courts; or, if the suggestion were made (as by FORTESCUE in the 1400s), it would be answered that there *were* in the jurors themselves more than the needed number of witnesses. But as the function of the jurors became more sensibly and markedly that of mere triers, or judges of fact, proceeding chiefly upon the evidence of witnesses in the modern sense, the analogy of the situation to that of the ordinary civil-law judge would be fully perceived, and the propriety of applying the numerical system to the testi-

---

<sup>1</sup>) Remarkable light is thrown on this, the inherent incompatibility of the jury system and the numerical system, by the debates in the French Constitutional Assembly of 1791, on the proposal to introduce trial by jury; the arguments turned on this very point, and in consequence the numerical rules were abolished (ESMEIN, *Hist. de la procedure criminelle* 431, 433, 437, 510). In 1804, when trial by jury arose for reconsideration in the Council of State, the same arguments recurred.

<sup>2</sup>) This is fully expounded by the jury's historian (THAYER, *Preliminary Treatise*, 122—132).



mony upon which the jury now chiefly depended could fairly be claimed. This situation did not sensibly exist before the 1600s; and it was therefore not until that century that the question came to be pressed for practical solution.

In the matter of time, one more interesting consideration remains to note. If the change of the earlier conditions of jury trial had come about more rapidly, if before the 1500s the jurors had ceased to be also witnesses, and had come to decide chiefly upon the testimony of produced witnesses, the numerical system might after all have been grafted into our body of evidence-rules. The jury would then have been mere judges of fact, obliged to depend upon others' testimony and to weigh accurately its worth, while the popular quantitative conception of testimony would still have been in full force; there would thus have been every reason to expect the enforcement for juries of the general notions of testimony which were still in vogue among the common-law judges and the people at large. This is, to be sure, only one of those contingencies which can easily be reconstructed in imagination <sup>1)</sup>;

---

<sup>1)</sup> That this possibility, however imaginary, is by no means fanciful, may be seen from Professor BRUNNER's account of the fate that did befall in France, when one of the forms of jury trial — 'the enquête par turbe,' consisting of ten men — came, in the course of its history, into competition, with the ecclesiastical system: *Schwurgerichte*, ed. 1872, p. 393: "The 'enquête par turbe' occupied a wholly exceptional position in relation to the principles which dominated French proof methods after the 1300s. The contrast between them lay in this, that in other cases than trial by 'enquête' two witnesses sufficed to prove a fact to the judge. These two, however, were examined individually, while the 'turbe' gave their verdict with a single utterance.... A way was therefore sought to bring this institution, now become alien, into harmony with the prevailing doctrine of proof. The 'turbe' was now treated, for purposes of procedure, as a single person, and the verdict of the 'turbe' was considered as equivalent to the assertion of a single witness. But since proof by witnesses, according to the well-known ecclesiastical rule required at least two concurrent witnesses, it was prescribed, in 1498, by the Ordinance of Blois, art. 13, that for proving a custom [the chief issue for which the 'turbe' was used], two agreeing verdicts of 'turbes' should be necessary.... Whereas formerly the saying ran, 'A 'turbe' is equivalent to two witnesses,' henceforward it went, 'A 'turbe' is equivalent to but one witness.' Each 'turbe' consulted by itself and gave a separate verdict; to effect proof, both 'turbes' must agree.... After this change, the 'enquête par turbes' survived some two centuries, though preserving only slight practical importance.... By



but it illustrates at any rate the radical extent to which our common-law rules of evidence have been fundamentally affected by the nature of the jury tribunal and by the condition in which its steps of historical progress happened to place it at a given period.

7) There did come into Anglo-American law, however, sooner or later, a few specific rules of the numerical sort, all of them being of the simple type that declares a single witness insufficient and requires additionally either a second witness or corroborating circumstances. Some of these — namely, the Chancery rule requiring two witnesses to overcome a denial on oath, the rule requiring two witnesses to a will of personalty, and the rule requiring two witnesses to a cause for divorce — existed only in the practice of the ecclesiastical courts or that of chancery founded upon it; and wherever they came over into American common-law courts, they were direct borrowings. Others, namely, the rule requiring an accomplice or a complainant in rape, or the like, to be corroborated, are either express statutory inventions or plain judicial creations; in either case modern innovations, as well as local in the United States, and not a part of the inherited common law. There remain two specific rules — the rule in Treason and the rule in Perjury — which do come down to us as inheritances; and though these also are in strictness not common-law rules, the one being statutory in origin, and the other an indirect grafting from the ecclesiastical law, yet their roots go some distance back in our law, and their history can be understood only in the light of the general survey just made of the history of the numerical system.

#### HISTORY OF THE RULE IN TREASON.

It is clear enough that the rule requiring two witnesses to prove a charge of treason was not a common-law rule, but had its beginning in the statutes of the 1500s<sup>1</sup>). Sir EDWARD COKE

tit. 13, art. 1, of the Civil Ordinance of 1667, the 'enquête par turbes' was abolished; and thus disappeared from French legal life the proof-method in which had been longest preserved the form of French 'enquête' nearest related to the jury."

<sup>1</sup>) 1535, Bishop Fisher's Trial, 1 How. St. Tr. 395, 401; 1762 FOSTER, *Crown Law*. 233 ("It hath been generally agreed, and I think upon just grounds



at one time ventured to advance the contrary assertion <sup>1)</sup>, but his pretended authorities do not bear him out, and his utterances on this point appear by the circumstances to be of not the slightest weight <sup>2)</sup>. There was no instance, before the 1600s, of a rule that the testimony of a single witness called before a jury at common law should be insufficient, — as the history already examined amply indicates.

The rule begins, then, with the statutes of the 1500s: and the chief interest of its history lies in the controversy over the supposed repeal of the first statute, and in the true apportionment between the political parties of the blame of maintaining this repeal.

1. The first statutory provision was that of EDWARD VI (1547 and 1552), by which two witnesses were declared necessary <sup>3)</sup>.

(though Lord COKE hath advanced a contrary doctrine) that at common law one witness was sufficient in the case of treason as well as in every other capital case").

<sup>1)</sup> 1629, COKE, 3 *Inst.* 26 ("It seemeth by the ancient common law one accuser or witness was not sufficient to convict any person of high treason; . . . and that two witnesses be required appeareth by our books, and I remember no authority in our books to the contrary").

<sup>2)</sup> COKE's vacillation in legal tenets, when the interests of partisanship pressed, has often been observed upon other points, and the present is merely one more instance of his untrustworthiness. In 1603, in Raleigh's Trial (2 How. St. Tr. 15, 16), COKE as the King's Attorney-General and on his way to be Chief Justice, had maintained that two witnesses in treason were unnecessary; his violent insistence upon Cobham's testimony, during his colloquy with Raleigh, supplied a notorious instance of unbrièdled forensic brutality and coarseness. But some years later, in 1629, when COKE had fallen from the favor of his royal master and was in opposition, as a champion of popular liberties, he printed his Third Institute, and inserted in it a directly contrary assertion (above quoted); making no allusion to his own former doctrine nor to the repeated judicial decisions since 1555, and citing palpably irrelevant passages in support of his novel proposition. "I have great respect," said Lord REDESDALE (*Banbury Peerage Case*, 1810, App. to Le Marchant's Gardner Peerage Case, 437), "for the memory of Lord COKE, but he was too fond . . . of telling untruths to support his own opinions." Professor W. S. HOLDSWORTH has some comments on these charges against COKE of intentional misrepresentation of history, in the essay "The Influence of COKE on the Development of English Law" (*International Congress of Historical Studies*, London, 1913, ed. VINOGRADOFF, p. 297).

<sup>3)</sup> 1547, St. 1 Edw. VI c. 12, § 22 (no person is to be indicted or arraigned for treason, petty treason, or misprision, "unless the same offender or offenders



The immediate circumstances leading to this step were probably the extreme methods used in some of the political trials with which the reign of HENRY VIII had just closed <sup>1</sup>). The law of treason had been by this monarch, as never before, wrested to his own personal and despotic ends; and (as Sir JAMES STEPHEN has acutely remarked in another connection <sup>2</sup>) the dominant legislator class, who might not have cared how many a humble subject was unfairly convicted of petty thievery, were well alive to the possibilities of treason law, if the rapid turn of the political wheel should chance to bring them underneath; and they probably were moved by the thought of self-protection against the future. <sup>3</sup>) As an expedient for this purpose, it was natural that they should seek aid in a rule of numbers. The numerical conception of testimony was then still an instinctive one among all; the ecclesiastical rules of that sort lay plainly in sight, in the spiritual practice; and a rule of numbers was perhaps not only the natural, but to them the only conceivable expedient for providing this protection. That this was in fact the source of the rule was at any rate the tradition as handed down a century later:

1680, *Lord Strafford's Case*. T. Raym. 408: "Upon this occasion my lord Chancellor in the Lords' House was pleased to communicate a notion concerning the reason of two witnesses in treason, which [reason] he said was not

---

be accused by two sufficient and lawful witnesses, or shall willingly without violence confess the same"); 1552, S. 5 & 6 Edw. VI c. 11 § 12 (no person is to be indicted or arraigned for treason, "unless the same offender or offenders be thereof accused by two lawful accusers, which said accusers at the time of the arraignment of the party so accused, if they be then living, shall be brought in person before the party so accused and avow and maintain what they have to say against the said party... unless the said party arraigned shall willingly without violence confess the same").

<sup>1</sup>) Professor WILLIS-BUND (*State Trials for Treason*, 1879, vol. I, Introd. xxxix) thinks that this statute "was probably the result of such cases as the Marquis of Exeter's and the Earl of Surrey's." For another explanation, not essentially different, see RASTEL's *Statutes*, 102, as quoted in 1 How. St. Tr. 520, and Bishop BURNET, arguing in the House of Lords, in 13 How. St. Tr. 537, 752.

<sup>2</sup>) *History of the Criminal Law*, I, 226.

<sup>3</sup>) Notice that they did not extend the provision on to Ireland, where these considerations did not apply: 1795, *Jackson's Trial*, 25 How. St. Tr. 783, 851, 872; 1798, *Sheare's Trial*, 26 How. St. Tr. 255, 377.



very familiar, he believed, and it was this: Anciently, all or most of the judges were churchmen or ecclesiastical persons, and by the canon law now and then in use all over the Christian world, none can be condemned of heresy but by two lawful and credible witnesses, . . . and anciently heresy was treason; and from thence the parliament thought fit to appoint that two witnesses ought to be for proof of high treason."

(2) But the reactionary times of MARY's reign arrived shortly: and the following statute, the foundation of two hundred years' controversy, was immediately passed:

1554, St. 1 & 2 P. & M, c. 10, § 7; all trials for treason hereafter had "shall be had and used only according to the due order and course of the common laws of this realm and not otherwise."

What was the effect of this statute? It did not expressly repeal the statutes of EDWARD; but if the due order and course of trials included the modes of proof at a trial, then the new rule of proof introduced by the former statute now fell away, and the common-law practice, which made no requirement of number, was restored. Such was the judicial construction now put upon the new act. Whether it was the correct one need not here be considered in detail. Arguments of various sorts have been advanced <sup>1)</sup>; the most significant one to the contrary, perhaps, is that the very next statute, Chapter 11, in the same session <sup>2)</sup>, expressly restored the old evidence-rule (of one witness) for petty treason committed by forging the coin of the realm, and that the Legislature would have used similar express words in Chapter 10, had they intended the same thing.

On the whole, it may be supposed that the Legislature did intend in Chapter 10 to strike hard at treason, and to annul the

---

<sup>1)</sup> The arguments may be found in the following places: 1716, HAWKINS, *Pl. Cr.* II, c. 46 § 2; 1762, FOSTER, *Crown Law*, 237 (arguing forcibly for the View that there was no repeal); 1803, EAST *Pleas of the Crown*, I, 128.

<sup>2)</sup> 1554, St. 1 & 2 P. & M. c. 11, § 3 (all trials for offences connected with the coin of the realm may be tried "by such like evidence and in such manner and form as has been used and accustomed within the realm at any time before the first year of EDWARD THE SIXTH"); c. 10, § 12 (similar); 1697, St. 8 & 9 W. III. c. 26 § 7 (similar); these were applied, as needing only one witness, in the following cases: 1725, *R. v. Anstruther*, T. Jones 233 (impairing the coin); 1748, *R. v. Gahagan* 1 Leach Cr. L., 4th ed. 42 (similar).



recent innovation by which two witnesses were required. But the important thing is that this was the judicial construction of the statute of MARY from the very first, — beginning within a year after its enactment, and continuing for a century <sup>1)</sup>. This was afterwards forgotten, during the political ascendancy of the Whigs, after the Revolution of 1688 and during the early 1700s, when every reminiscence of the Stuarts was a dark one and all the doings of their times were anathematized. The trials of Sir WALTER RALEIGH in 1603, and of other noted victims of that time, were after the Revolution regarded by many as instances of unfair and corrupt political oppression by the Stuart judges. But time has vindicated the judges from such charges <sup>2)</sup>. Whatever they were or did, they were not in this respect either unscrupulous or corrupt, and they did not distort the law for the pleasure of James or Charles. They merely applied, as in duty bound, the traditional and long-established construction of the statute of MARY, — a construction plainly laid down by the entire body of justices from the earliest moment after its enactment. Moreover, this construction was not even a mark of the Tudor and Stuart régimes as a whole. It continued under the Commonwealth, in the very heat of the passion of overthrow and reform. In the meanwhile, a single statute requiring two witnesses for a specific kind of treason had been passed, under a Tudor monarch <sup>3)</sup>; but

---

<sup>1)</sup> 1555, Anon., Dyer, 132 a, 134 a ("The intent of the Statute 1 & 2 P. & M. c. 10, was to remove the two accusers and two witnesses"; approved by the judges; perhaps the same case as the following): 1556, Anon., Brooke's Abridgment, "Corone," 219 (at a conference of all the justices, it was agreed that "for no treason under St. 25 Edw. III, was there need of accusers at the trial, because it is enacted by the statute of 2 M. c. 10, that all trials for treason shall be held according to the common law only and not otherwise, and the common trial of the common law is by jury and by witnesses and by no accusers"; otherwise for treason charged under the same act of 2 M., "according to an article contained in the said statute at the end thereof"); 1586, Abington's Trial, 1 How. St. Tr. 1141, 1148; 1651, Love's Trial, 5 How. St. Tr. 43.

<sup>2)</sup> Professor WILLIS-BUND, in his *State Trials for Treason*, cited *supra*, has demonstrated this for procedure in general and the substantive law of treason.

<sup>3)</sup> 1558, St. 1 Eliz. c. 1, § 37 (no person to be arraigned for treason under this act, "unless there be two sufficient witnesses" produced if living and in



during the whole of the century, from 1554 to 1659, under TUDOR, STUART, and CROMWELL alike, the construction of the statute of MARY was uniform. The hostile judgment of the dominant party of the Revolution was merely a political dogma.

(3) Before the end of the first half of the 1600s, however, had come COKE's Third Institute, in which he now advanced the view that the statute of MARY had *not* repealed the statutes of EDWARD <sup>1)</sup>. His reasoning, is apparently that the word „trial” in the statute meant merely the mode of decision, *i.e.* by a jury, as contrasted with a decision by judges hearing witnesses without a jury. To be sure, the word „trial” bore then that distinction <sup>2)</sup>; but it is a forced meaning to put upon it in the statute, since nobody had ever thought of „trying” treason by witnesses to a judge without a jury (which is what the „otherwise” of the statute would mean, according to COKE). Moreover, COKE's dictum on this particular point was valueless, for the reasons already noticed <sup>3)</sup>. Nevertheless, his utterance in the Third Institute, like every other printed utterance of that man of prodigious learning, counted for a great deal. Professional opinion began to change, at any rate, not long after this time.

The change must have been matured before the Restoration of CHARLES II in 1660; for immediately upon the Restoration, and in the very first year of it, in spite of all the power of the restorers and of their bitter and dominating purpose to punish the death of CHARLES I, and in spite of the large grist of traitors upon whom to sate their appetite for revenge, the whole aspect of affairs changes. Foremost comes the statute of 1661, the first treason act passed after the Restoration, in which the rule of two witnesses is deliberately established for all treasons defined

---

the realm). The St. 13 Eliz. c. 1, has sometimes been said to make a similar provision; but this is a misunderstanding of it.

<sup>1)</sup> 1629, COKE, 3 Inst. 26 (“for that act of 1 & 2 P. & M. extends only to trials by the verdict of twelve men ‘de vicineto’ . . . and the evidence of witnesses to the jury is no part of the trial, for by law the trial in that case is not by witnesses, but by the verdict of twelve men, and so a manifest diversity between the evidence to a jury and a tryall by jury”).

<sup>2)</sup> THAYER, Preliminary Treatise, 17—24.

<sup>3)</sup> *Supra*, note 3.



by that act <sup>1</sup>). Next, but equally significant, came the judicial overthrow of the century-long construction of the statute of MARY. It was now affirmed by the Courts, and assumed and practised when not expressly affirmed, that the statute of MARY had *not* repealed the statute of EDWARD; so that two witnesses were now to be required for treasons at large. The remarkable thing is that this decision was reached, for the first instance, in the very year of CHARLES' restoration, and in the trial of the regicides themselves, against whom the greatest license of judicial harshness might have been expected <sup>2</sup>); and it was repeated and maintained on all other occasions during the remaining years which fate had allotted to the Stuart family under CHARLES II and JAMES II <sup>3</sup>).

---

<sup>1</sup>) 1661, St. 13 Car. II, c. 1, § 1 (for treasons under this section, persons must be "legally convicted thereof upon the oaths of two lawful and credible witnesses, upon trial, or otherwise convicted or attainted by due course of law"); § 5 (no persons shall be convicted of the treasons in this act unless accused "by the testimony and deposition of two lawful and credible witnesses upon oath", produced face to face, etc., as in St. 5 & 6 Edw. VI, *supra*).

<sup>2</sup>) May, 1660, Regicides' Case, Kel. 9 (it was assumed that the law for two witnesses was in force).

<sup>3</sup>) Dec. 1662, Tong's Case, Kel. 22 (though some of the judges believed that there had been a repeal, yet "they all agreed that *if* the law for two witnesses be in force", it was to be interpreted in a certain way; but at page 49, KELYNG expresses his own opinion in favor of the repeal; this was not later than 1671, the year of his death); 1679, Whitebread's Trial, 7 How. St. Tr. 405; 1680, Lord Castlemaine's Trial, 7 How. St. Tr. 1111; 1680, Lord Strafford's Trial, T. Raym. 407, 7 How. St. Tr. 1293, 1527. The same result on this point is seen in the interpretation of the statute (already noticed) against treason by false coining: 1673, R. v. Acklandby, 3 Keb. 68 (clipping the coin; two judges apparently differed in opinion); 1684, Anon., T. JONES, 233 (clipping the coin; at a conference of the judges it was resolved that by the statute of 1 & 2 M. "one witness is sufficient, for that restores the trial at common law for such case, which was altered generally for all cases of treason by 1 Edw. VI and 5 & 6 Edw. VI, which required two witnesses where one was sufficient by the common law"). Lord HALE, writing some time before 1680, utters inconsistent views: HALE, *Pl. Cr.* I, 300 (after examining the *pros* and *cons*, he ends: "thus the reasons stand on both sides, and though these (for repeal) seem to be stronger than the former", yet it is safest to err on the side of mercy); II, 286 (the early statute "is not altered by the statute of 1 & 2 P. & M.". citing COKE).



Here again is laid bare the fallacy of the Whig dogma of the 1700s,<sup>1)</sup> that all the evil judicial practices occurred under the Stuarts, while all the reforms came in with the Revolution. The reform in this instance came with the very first moment of the Stuart Restoration. Dangerous and unwholesome as was undoubtedly the reinstatement of this worthless family, the judges of the time must be redeemed from the reproach of an unscrupulous and tyrannous application of the law. On the contrary, it was through them that the change began. It is merely another instance out of several, in which we are to date the improvements of trial procedure from the Restoration, and not from the Revolution<sup>2)</sup>. Policy, no doubt, as well as a real growth of sentiment, and a sagacious perception of the wisdom of maintaining the restored power by abandoning the excesses of the earlier Stuarts, furnished in part the motives. But the fact remains, and deserves to be recorded.

(4) The ensuing legislation of WILLIAM III, after the Revolution,<sup>3)</sup> established the law, by continuing in a general statute

<sup>1)</sup> One example, from many, may suffice: "The truth is that up to the period of the Revolution of 1688, our criminal trials are a disgrace to the national annals" (FORSYTH, *Hortensius the Advocate*, 3d ed., 331.)

<sup>2)</sup> It is indeed fairly presumable that the direct foundation of the reforms which ensued at the Restoration was laid by the destructive work of the Commonwealth lawyers in tearing away the traditions of the earlier regime. Mr. ROBINSON's learned account (1869: *Juridical Society Papers*, III, 567; now reprinted in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. I (1907: Ass'n of American Law Schools) of "Anticipations under the Commonwealth of Changes in the Law" exhibits the materials for this conclusion. "The goodness," he says, "of the laws of CHARLES II, as contrasted with the badness of his government, has drawn a compliment from BLACKSTONE, epigrams from BURKE and FOX, and a paradox from BUCKLE. An enquiry into the source of these laws may show that the paradox is unreal, the epigrams unfounded, the compliment due to the Republicans; that they, in redressing grievances which from the time of JAMES I and BACON had been fostering rebellion, forestalled the law-reformers, not of the Restoration only, but of our own age." Similar evidence will be found in the learned essay of Professor EDWARD JENKS, *The Constitutional Experiments of the Commonwealth* (1890), pp. 54, 82.

Compare the history of the registration system, of the allowance of witnesses to an accused, and of the selfcrimination privilege.

<sup>3)</sup> 1696, St. 7 W. III, c. 3 § 2 (no person shall be indicted or tried for high treason working corruption of blood, or misprision, "but by and upon



that which the Restoration had instituted, partly by statute and partly by judicial action, a generation before. From the beginning of the 1700s there has never been any doubt or vacillation upon the rule that two witnesses at least are required upon a charge of treason <sup>1</sup>).

#### HISTORY OF THE RULE IN PERJURY.

By the end of the 1600s it was decisively settled that the ecclesiastical rules about numbers of witnesses were not to be adopted into the common law. It was after that time that there arose the single common-law exception to the doctrine that one witness alone may suffice in every case, namely, the rule that one witness, without corroborating circumstances, does not suffice on a charge of perjury. Yet even this rule was an indirect borrowing from the civil law.

First of all, it is fairly clear that there was no such rule of common law until towards the first half of the 1700s <sup>2</sup>). That

---

the oaths and testimony of two lawful witnesses, either both of them to the same overt act, or one of them to the one and the other of them to another overt act of the same treason," unless the accused "shall willingly, without violence, in open court confess the same, or stand mute or refuse to plead"); c. 7 (the foregoing provision is not to extend to counterfeiting the coin).

<sup>1</sup>) There has, however, been some change as to the scope of the treason to which the rule applied: 1800, St. 40 Geo. III, c. 93 (in trials for treason by killing or doing bodily harm to the King, the trial may be "upon the like evidence as if such person or persons stood charged with murder"); 1821, St. 1 & 2 Geo. IV, c. 24 (extends the St. 7 W. III to Ireland; 1842, St. 5 & 6 Vict. c. 51 (similar to St. 40 Geo. III); 1848, St. 11 & 12 Vict. c. 12, § 4 (in trials for compassing death or bodily harm to the King, etc., no conviction is to be had for this so far as expressed by "open or advised speaking," unless "upon his own confession in open court, or unless the words so spoken shall be proved by two credible witnesses").

A special form obtains in *Canada*: Crim. Code, R. S. 1906, c. 146, § 1002 (no person shall be convicted "upon the evidence of one witness, unless such witness is corroborated in some material particular by evidence implicating the accused").

<sup>2</sup>) The following seem to be the earliest cases: 1693, *R. v. Fanshaw, Skinn.* 327 "There being but the oath of the prosecutor, and so oath against oath, the defendant was acquitted"); 1714, *Parker, C. J.*, in *R. v. Muscot*, 10 Mod. 192) "There is this difference between a prosecution for perjury and a bare contest about property, that in the latter case the matter stands indifferent, and there-



the quantitative conception of an oath still prevailed at that time has been already noticed and in this respect the acceptance of the rule is not strange. But why should an exceptional step have been taken at that epoch for perjury trials, which was not taken, either before or after, for any other kind of common-law trials? The causes that answer this question are scarcely to be mistaken, and they were two; one may be called a mechanical, the other a moral cause.

(1) The first of these lay in the important circumstance that in 1640, towards the end of CHARLES THE FIRST's reign, the Court of Star Chamber had been abolished <sup>1)</sup> and its jurisdiction transferred to the King's Bench. Now the proceedings of the Star Chamber Court, being presided over by the Lord Chancellor, had always been conducted according to the ecclesiastical or civil law, by following or adopting its methods, much as did the Court of Chancery; and, in particular, the ecclesiastical rule of two witnesses obtained therein <sup>2)</sup>. Furthermore, the crime of perjury, though also cognizable as a statutory crime in the ordinary criminal courts, was practically dealt with almost exclusively in the Star Chamber <sup>3)</sup>. Hence, on the one hand, there was little

---

fore a credible and probable witness shall turn the scale in favor of either party. But in the former, presumption is ever to be made in favor of innocence, and the oath of the party will have a regard paid to it until disproved. Therefore, to convict a man of perjury, a probable, a credible witness is not enough; but it must be a strong and clear evidence, and more numerous than the evidence given for the defendant; for else there is only oath against oath"; this was said in charging a jury, and no precedent was cited); 1736, *R. v. Nunez, Lee cas. t. Hardw.* 265 (Lord Hardwicke, C. J. ["One witness is not sufficient] unless there were very strong circumstances; because one man's oath is as good as another's"); 1745, *R. v. Broughton*, 2 Str. 1229.

<sup>1)</sup> St. 16 Car. I, c. 10.

<sup>2)</sup> *Ante* 1635, HUDSON, *Treatise of the Star Chamber*, 223, in *HARDGRAVE'S Collectanea Juridica*, vol. II ("they always require indifferent witnesses' clear proof, not by relation, and double testimony, or that which amounteth to double testimony").

<sup>3)</sup> 1596, *Dampart v. Sympson*, Cro. El. 520 ("Until the statute of 3 H. VII, c. 1. which gives power to examine and punish perjuries in the Star Chamber, there was not any punishment for any false oath of any witness at the common law"); 1883, Sir J. STEPHEN, *History of the Criminal Law*, III, 245 ("The present law upon the subject.... originated entirely, as far as I can judge,



or no occasion for any question to arise before 1640 as to proof of perjury in a common-law court; while, on the other hand, after the transfer of jurisdiction at that date, the canon-law notions of proof peculiar to perjury were likely to pass over and be adopted as a whole in the subsequent common-law practice. There was, therefore, by this change of mechanism, a tradition prepared, by the middle of the 1600s, for an exceptional doctrine to be established for proof of perjury; and by the end of the 1600s (as exhibited in the cases above cited) such a doctrine was making its appearance.

(2) But why did not the corrective consideration, already noted, which applied to prevent such a numerical rule in other common-law trials, apply here also, namely, the consideration that the jurors were themselves twelve witnesses, as being capable of and entitled to contribute information of their own? In the first place, the living strength of this consideration had by the beginning of the 1700s substantially disappeared <sup>1)</sup>, and in this must probably be sought the real explanation why the perjury rule was able to obtain a firm footing. In other words, the quantitative notion of an oath was still popular enough, while the corrective notion — that of the jury as witnesses — had practically disappeared, and thus the way was open. Furthermore, a charge of perjury was the one case where a plausible inducement for such a rule was presented; because in all other criminal cases the accused could not testify, and thus one oath for the prosecution was in any case something as against nothing; but on a charge of perjury the accused's oath was always in effect in evidence, and thus, if but one witness was offered, there would be merely (as Chief Justice PARKER said) oath against oath. Thus, in a perjury case, the quantitative theory of testimony would present itself with the greatest force. Such seems to be the course of thought which made possible the tardy introduction of this rule.

---

in decisions by the Court of Star Chamber"); 1903, LEADAM's *Select Cases in the Star Chamber*, Seld. Soc. Pub., vol. XVI, p. cxxxv, p. 102, note 17. HUDSON, *ubi supra*, p. 71, says that perjury was "usually punished" there.

<sup>1)</sup> THAYER, *Preliminary Treatise*, 174.



It found a permanent place, however, in the common law; for, in spite of a perception of its incongruity with modern ideas, and of an occasional hesitation, the rule, persisting through the 1700s, was fully confirmed in England in the 1800s <sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup>) 1831, *R. v. Mudie*, 1 Moo. & Rob. 128 (perjury in swearing to an insolvent schedule by omitting certain debtors; the debtors testified each to the existence of his own debt; Lord TENTERDEN thought it "difficult to give any other evidence," and said that on conviction a new trial might be moved; but there was an acquittal); 1839, *R. v. Gardiner*, 8 C. & P. 737 (rule applied); 1840 *R. v. Virrier*, 12 A. & E. 317. 324 (rule applied); 1842, *R. v. Parker*, Car. & M. 639, 646, Tindal, C. J. (similar to *R. v. Mudie*; rule applied); 1913, *Gaskell's Case*, 8 Cr. App. 103 (rule applied).



# INIURIA IPSI SERVO FACTA

DOOR

J. H. VAN MEURS (UTRECHT).

In een der weinige proefschriften over Romeinsch recht, in de laatste decennien in Nederland verschenen, de Amsterdamsche dissertatie van L. Vos over iniuria en de actio iniuriarum, gaf de schrijver een vrij uitvoerige behandeling van de vraag, of in het Romeinsche recht den slaaf *zelf* iniuria kon worden aangedaan of dat rechtens *alleen de meester* geacht werd, via den slaaf, het slachtoffer te zijn van die iniuria<sup>1)</sup>. Vos gebruikte hiervoor de formuleeringen: of in het Romeinsche recht in dit opzicht een „slavenrecht” bestond, of het Romeinsche recht een „iniuria servilis”<sup>2)</sup> kende en tegenover het bevestigend antwoord van enkele gezaghebbende schrijvers<sup>3)</sup> ontkende hij het bestaan van zulk een slavenrecht<sup>4)</sup>. En zijn recensent in *Themis*<sup>5)</sup>, L. KOOLMAN, was het volkomen met hem eens en riep hem op zijn levendige manier toe: „volkomen juist; men kan evengoed van een „muizenrecht” spreken bij onze felis domestica”.

<sup>1)</sup> Bl. 79—98.

<sup>2)</sup> Deze uitdrukking nam hij over van HUSCHKE *Gaius, Beiträge zur Kritik und zum Verständnis seiner Institutionen* (1855) bl. 153. Deze ontleende haar aan D. 47, 10 (verderop door mij aangeduid met h. t.) 7, 2. Ik betwijfel, of op deze plaats de uitdrukking deze beteekenis heeft en geloof, dat ze hier beteekent: iniuria, waarbij hij als een slaaf behandeld wordt.

<sup>3)</sup> HUSCHKE t. a. p., PERNICE *Labio II*<sup>2</sup> (1894) bl. 36; MOMMSEN *Römisches Strafrecht* (1899) bl. 786 met noot 3 (vaag). Implicite LENEL *Edictum perpetuum*<sup>2</sup> (1907) bij de desbetreffende edictsplaats en verder hoogstwaarschijnlijk, naar hun uitdrukkingswijze te oordeelen, ook: GIRARD, CZYHLARZ, MODDERMAN—DRUCKER—TICHELAAR, HIJMANS, ROBY en STEINWENTER in PAULY-WISSOWA *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*.

<sup>4)</sup> Bl. 90.

<sup>5)</sup> 1915 No. 1.



Beiden koppelden daarbij deze kwestie vast aan de kwestie, die er bestaat over het karakter der iniuria in het Romeinsche recht en ontkenden, dat deze een „persoonlijkheidsdelict” was <sup>1)</sup>, zooals de meeste schrijvers van gezag de laatste eeuw hadden beweerd <sup>2)</sup>. Volgens de twee Nederlanders is het onmogelijk om binnen het ruime begrip iniuria = quod non iure fit <sup>3)</sup> een enger iniuriabegrip af te palen. Zij ontkenden, dat bij iniuria de „persoonlijkheid” geschonden werd en betoogden, dat, ingeval een slaaf het object der handelingen was, er volgens Romeinsch recht alleen een schending van het eigendomsrecht van den meester plaats vond, evenals wanneer vee of levenlooze have het object was <sup>4)</sup>.

Nu wilde een bittere ironie van het noodlot, dat ongeveer tegelijk met de dissertatie van Vos, begin 1913, de *Dikaïomata* <sup>5)</sup> uitkwamen, waaruit een zeer sterk argument tegen hun opvatting van de iniuria te putten viel en dat ongeveer op het tijdstip, waarop KOOIMAN zijn kritiek voltooide, begin 1914, in het *Archiv für Papyrusforschung* <sup>6)</sup> J. PARTSCH zijn bespreking der *Dikaïomata* gaf, waarin hij duidelijk de beteekenis van deze Grieksche rechtsbron, ook voor het Romeinsche recht, deed uitkomen, — terwijl kort daarop de dood beide Nederlandsche Romanisten de gelegenheid benam om tegenover deze nieuwe gegevens hun houding nader te bepalen.

Maar in elk geval, of hun opvatting der iniuria in het algemeen juist was of niet, bij het onderwerp der iniuria tegen slaven had hun betoog toch de betrekkelijke waarde, die elke goeduitgesproken eenzijdigheid heeft: dat ze een andere eenzijdigheid brak. Want de bevestiging van het bestaan van een slavenrecht bij de iniuria in het Romeinsche recht was in haar algemeenheid mijns inziens even eenzijdig als de ontkenning.

<sup>1)</sup> Vos, bl. 158.

<sup>2)</sup> R. MAINZER, *Die ästimatorische Iniurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung* (1908) bl. 12: Was die historische Entwicklung unwiderleglich dargetut ist der Gesamtcharakter des Deliktes: es ist die Personenverletzung zur *ἐξουχία*.

<sup>3)</sup> D. h. t. 1, pr.

<sup>4)</sup> Vos bl. 94.

<sup>5)</sup> Papyrus Halensis I.

<sup>6)</sup> 6, bl. 34 vg.



Zegt niet GAIUS <sup>1)</sup> in, of spoedig na, 161 nadrukkelijk: Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur en wordt niet daartegenover in 533 en 534 in de codificatie van JUSTINIANUS herhaaldelijk gesproken van: iniuria ipsi servo facta of een andere, gelijkwaardige, uitdrukking gebruikt! <sup>2)</sup> Tusschen die uitspraken der bronnen bestaat een tegenstelling, die niet is weg te cijferen en wie de waarde van de terminologie bij de Romeinen heeft leeren kennen, zal hieruit zeker tot tegenstelling van recht moeten besluiten.

Toch hebben van alle schrijvers, die mij bekend zijn, blijkbaar alleen HUSCHKE en CUQ de tegenstelling in de terminologie uitdrukkelijk aanvaard; de anderen citeeren, voorzoover ze het punt uitdrukkelijk bespreken, naast elkaar de beide groepen van bronnen, alsof er geen tegenstelling bestond.

Nu komt HUSCHKE <sup>3)</sup> tot een conclusie, die mij zeer onwaarschijnlijk lijkt: dat twee tegenovergestelde meeningen over dit slavenrecht naast elkaar voort bleven bestaan in het Romeinsche recht, vanaf de twaalf tafelen, zeker vanaf ongeveer 161 tot en met de codificatie van JUSTINIANUS.

CUQ <sup>4)</sup> echter oppert de mogelijkheid, dat het Romeinsche recht hier een ontwikkeling doormaakte; maar bij de verdere behandeling van het onderwerp schijnt hij deze gedachte weer geheel te zijn vergeten; in elk geval werkt hij haar niet uit.

Die uitwerking wil ik in dit artikel beproeven en ik ga daarbij uit van de hierboven gevonden grensjaartallen, 161 en 533, die later nog op hun deugdelijkheid als uitgangspunten onderzocht zullen worden.

<sup>1)</sup> Instituten 3, 222.

<sup>2)</sup> D. h. t. 1, 3: iniuria fit servis meis; 1, 6: si... servo... iniuria facta fuerit; 13, pr.: si in servum meum iniuria facta sit; 15, 35: ipsi servo facta iniuria; 15, 43: si (servus) aliam iniuriam passus sit; 15, 45: iniuria servo facta; 15, 48: iniuria (servo) facta; 18, 1: si servo fecerit iniuriam; 30, pr.: iniuria quam in servitute passus est. C. 9, 35, 1: servis facere iniuriam; 9, 35, 8: iniuria quam servus passus est. I. 4, 4, 4: si servo iniuria facta sit; 4, 4, 6: quotiens iniuria ei facta sit. <sup>3)</sup> T. a. p.

<sup>4)</sup> In DAREMBERG et SAGLIO *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* (1900) bl. 521 vg. en *Manuel des institutions juridiques des Romains* (1917) bl. 558. In *Les institutions juridiques des Romains* <sup>2</sup> II (1908) laat hij zich niet uit over het punt.



De plaatsen in de Digesten, waar de nieuwe uitdrukkingswijze (*iniuria ipsi servo facta*) voorkomt, zijn gehaald onder anderen uit werken van *ULPIANUS* en zoo kan dus het cijfer 533 al dadelijk teruggebracht worden tot 228, het jaartal van *ULPIANUS'* dood <sup>1)</sup>.

Daarbij is dan de mogelijkheid van interpolatie ter zijde gelaten. Ik sta echter tegenover de tegenwoordige jacht op interpolaties zeer kritisch en geloof bepaaldelijk niet in de „zekere” criteria, die de taal der Digesten geven zou. <sup>2)</sup> Er zijn mijns inziens slechts een betrekkelijk klein aantal zekere interpolaties aangewezen en sinds naast de *emblemata Triboniani* tekstveranderingen en glossen uit vroegere tijden een rol zijn gaan spelen, is de toestand nog onzekerder geworden en kan slechts een stelselmatig onderzoek van de wordingsgeschiedenis der Justinianeïsche codificatie <sup>3)</sup> weer uitkomst brengen. Zoolang daaromtrent geen vastere resultaten verkregen zijn, zijn positieve beweringen over het ingrijpen van *TRIBONIANUS* en de zijnen slechts zeer zelden mogelijk. De negatieve bewering, dat een plaats niet ongerept tot ons is gekomen, is vaker geoorloofd, maar meestal zal men zich toch moeten vergenoegen met de vage uitpraak, dat een of meer plaatsen tegenover een combinatie van andere plaatsen niet overtuigend zijn voor de reconstructie van klassiek recht. Een zekere subjectiviteit heerscht er dan natuurlijk bij het kiezen der plaatsen, maar subjectiviteit is nu eenmaal niet te vermijden bij het reconstrueeren uit ruïnes. Het komt er maar op aan zich niet te verbeelden, zekere, objectieve criteria gevonden te hebben.

Daar ik nu in de onderhavige Digestenplaatsen geen aanwijzing voor het tegendeel vind, neem ik aan, dat werkelijk *ULPIANUS* de nieuwe uitdrukkingswijze reeds gebruikte. Twee gegevens maken trouwens, dat de sprong van *JUSTINIANUS* naar *ULPIANUS* niet te gewaagd is. Tusschen 439 en 451 zegt namelijk de Gal-

<sup>1)</sup> Voor jaartallen, betreffende juristen en hun werken, verwijs ik eens voor al naar de boeken van KRÜGER, BRUNS-LENEL, Jörs, KIPP, FITTING en de artikelen in PAULY-WISSOWA en DAREMBERG et SAGLIO.

<sup>2)</sup> Zie als uiting en samenvatting van andere, meer optimistische meeningen F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten* (1916).

<sup>3)</sup> Zooals COLLINET het schetste in den jaargang 1922 van dit tijdschrift.



lische presbyter SALVIANUS <sup>1)</sup> in zijn werk *De gubernatione Dei*: <sup>2)</sup> Si servos nostros quispiam caedat, nos in servorum nostrorum caedit iniuria en gebruikt daarmee een soortgelijke uitdrukking als ULPIANUS <sup>3)</sup>. En volgens de in noot 2 op bladzijde 280 geciteerde tweede Codexplaats gebruikten de keizers DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS in 294 ook de nieuwe uitdrukkingwijze.

Voorbij 228, tot 21 November 222 brengt ons de eerste Codexplaats, die inhoudt een rescript van ALEXANDER SEVERUS, luidend: Nec servis quidem alienis licet facere iniuriam. Wel bestaat formeel-grammaticaal de mogelijkheid om den datief servis te laten afhangen van licet en niet van facere iniuriam, zoodat dan de servi niet slachtoffers maar daders zouden zijn. En het schijnt wel, alsof de schrijvers de plaats zoo opvatten, daar ze nergens wordt gebruikt in het debat over de onderhavige kwestie. Voor die opvatting zou kunnen pleiten het feit, dat twee andere fragmenten uit den Codex <sup>4)</sup>, die denzelfden datum hebben en aan dezelfde persoon gericht zijn, als dit fragment, handelen over slaven als daders en niet als slachtoffers. Maar ten eerste is het niet zeker, dat de drie fragmenten uit één rescript genomen zijn en ten tweede bestaat nog de mogelijkheid, dat hier en daders en slachtoffers slaven waren <sup>5)</sup>. Daar verder het woord alienis van ons fragment bij de andere opvatting geen zin heeft, bij mijn opvatting echter technisch is <sup>6)</sup>, daar verder in volgende fragmenten van den Codextitel <sup>7)</sup> ook over slachtoffers en niet over daders van iniuria gehandeld wordt, neem ik de vrijheid om het fragment als gegeven voor onze kwestie te gebruiken.

Het fragment uit ULPIANUS' werk ad Sabinum <sup>8)</sup>, luidend: Servo autem manumisso non competere actionem ob iniuriam

<sup>1)</sup> TEUFFEL *Geschichte der römischen Literatur* <sup>6</sup> (1913) zegt bl. 434 noot 4 over hem: Neben seiner rhetorischen Bildung verrät SALVIANUS auch einige juristische, met citeering van *De gub.* 5, 8, 4; 7, 16, 16; 7, 20, 86; 8, 5, 24.

<sup>2)</sup> 8, 3.

<sup>3)</sup> Het is opmerkelijk, dat HUSCHKE het citaat juist als uiting van de tegenovergestelde opvatting aangeeft.

<sup>4)</sup> 3, 42, 2; 9, 2, 2.

<sup>5)</sup> Zooals in *D. h. t.* 18, 1.

<sup>6)</sup> Zie het edict van den praetor volgens *D. h. t.* 15, 34: Qui servum *alienum* adversus bonos mores verberavisse enz.

<sup>7)</sup> 2; 4; 6.

<sup>8)</sup> *D. h. t.* 30, pr.



quam in servitute passus est, quis dubitet, zou ons tot 217 kunnen brengen. Maar, zooals we straks zullen zien, voor den tijd van CARACALLA en vroeger geven de juridische bronnen als geheel een zeer verward beeld voor ons onderwerp en ik doe den stap 222—217 dus voorloopig niet.

Om dezelfde reden kunnen deze bronnen ons niet van 161 voorwaarts brengen, zoodat er een tijdsruimte van goed 60 jaar overblijft, waarin de genoemde terminologiewijziging plaats had.

Dat met de terminologie ook het recht zelf veranderde, is op zichzelf al waarschijnlijk, al staat het natuurlijk nooit vast, dat met den eersten keer, dat een nieuwe term gebruikt wordt, ook onmiddellijk het recht veranderd is. Maar ook de stellige manier, waarop *en* GAIUS *en* ALEXANDER SEVERUS spreken, geven duidelijk aan, dat het recht werkelijk veranderd was in het tijdvak.

Er rest dus te probeeren, om, zij het ook hypothetisch, den datum van die verandering nader te bepalen. Het hoofdgegeven hiervoor is een plaats uit het 77<sup>ste</sup> <sup>1)</sup> boek van ULPIANUS' werk *ad edictum*, geschreven, volgens de heerschende meening, tusschen 211 en 217. De plaats <sup>2)</sup> luidt: *Si quis sic fecit iniuriam servo, ut domino faceret, video dominum iniuriarum agere posse suo nomine; si vero non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit, maxime si verberibus vel quaestione fieret; hanc enim et servum sentire palam est.*

Ik plaats hiertegenover den volledigen tekst der Gaiusplaats: *Servo autem ipsi quidem nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri videtur; non tamen isdem modis quibus etiam per liberos nostros vel uxores iniuriam pati videmur, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit; et in hunc casum formula proponitur. At si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula, nec temere petenti datur.*

De plaatsen correspondeeren met elkaar: *ad suggillationem domini* met *aperte in contumeliam domini*; *verberibus* met *verberaverit*; *a praetore enz.* met *... formula proponitur enz.* Maar behalve andere verschillen, die er hier niet toe doen, bestaat er,

<sup>1)</sup> Of 57<sup>ste</sup>.

<sup>2)</sup> D. h. t. 15, 35.



geloof ik, één groot verschil: GAIUS constateert eenvoudig het recht van zijn tijd, maar ULPIANUS stelt daartegenover niet zonder meer het recht van zijn tijd. Want debuit drukt volgens mij hier geen realiteit, maar slechts een wenschelijkheid uit. Ik vertaal dus, anders dan CUQ<sup>1)</sup>, PERNICE<sup>2)</sup>, VOS<sup>3)</sup> en vermoedelijk vele anderen<sup>4)</sup>: „had de praetor niet onvervolgd moeten laten”<sup>5)</sup>. En wel om de volgende redenen.

Gezien de Gaiusplaats staat het voor mij vast, dat de praetor in elk geval tot ongeveer 161 handelingen, niet in contumeliam domini, wél onvervolgd had gelaten. Verandering in zijn houding zou dus moeten hebben plaats gevonden in de laatste zestig jaar. Was dit zoo, dan zou hoogstwaarschijnlijk ULPIANUS, wien de zaak nog al hoog scheen te zitten, een nadere dateering van die verandering gegeven hebben. Dit klemte des te meer, omdat (sinds JULIANUS) de veranderde houding den praetor wel zou zijn voorgeschreven bij senaatsbesluit of keizerlijke constitutie, zoo hij al niet heelemaal genegeerd was bij de wijziging en in dat geval had de jurist alle reden gehad om, nu hij den praetor noemde, ook keizer of senaat te noemen.

Maar dan wordt het ook waarschijnlijk, dat die wijzigende constitutie, die wij bij ULPIANUS missen, geen andere is, dan die van 21 November 222, dat dus ALEXANDER SEVERUS het verzuim herstelde, dat ULPIANUS den praetor verwijt. Wanneer wij eenmaal dat aannemen, dan komen verschillende aanwijzingen deze hypothese versterken.

Dan zien we ULPIANUS vóór 217, in elk geval vóór 21 November 222 den wensch tot rechtsverandering uiten. En we zien hem tot

<sup>1)</sup> *Manuel* t. a. p.: „le préteur le protégea....”, met aanhaling der plaats.

<sup>2)</sup> T. a. p.: ULPIAN hebt es ausdrücklich hervor..., met aanhaling der plaats.

<sup>3)</sup> Zie verderop bl. 293 n. 1.

<sup>4)</sup> B.v. GIRARD, STEINWENTER, MODDERMAN—DRUCKER—TICHELAAR, die allen de plaats citeeren bij hun bewering, dat men de actio iniuriarum heeft voor iniuria, personen in potestate aangedaan. Zie ook BASILICA 60, 21, geciteerd bl. 92 n. 3. Eigenaardig is een scholium bij deze plaats: *Εἰ δὲ μὴ πρὸς ὑβρίν ἐμὴν τοῦτο ἐποίησε, τῷ πρῶτῳ δὲ καταλιμπάνειν τὴν κατὰ τοῦ οἰκείου ὑβρίν*, waar de gespatieerde woorden blijkbaar terugslaan op a praetore.. relinqui.. debuit, al zeggen ze heel iets anders.

<sup>5)</sup> Zie ook b.v. C. 2, 11, 3 (uit het jaar 197) voor „debut”.



driemaal toe binnen het bestek van vijftien paragrafen Digesten-tekst de tegenstelling van iniuria al-of-niet in contumeliam domini noemen: na paragraaf 35, opnieuw in paragraaf 45 (iniuria . . . . ad dominum redundat) en wederom in paragraaf 48 (in . . . . contumeliam en . . . . me ut tangat<sup>1)</sup>). En het valt op, tenminste mij leek het zoo, dat hij bij de mogelijkheid van iniuria ipsi servo facta op minder stelligen toon spreekt, dan bij de van ouds bestaande mogelijkheid van iniuria per servum domino facta.

Toch zien wij hem, reeds vóór 217, de vrijheid nemen om de nieuwe uitdrukkingswijze te gebruiken en dus, tenminste ideëel, de mogelijkheid van iniuria ipsi servo facta stellen. Verwonderlijk is dit niet. Want het is bekend, dat ULPIANUS sterk onder invloed der Stoa stond<sup>2)</sup>. En het behoeft geen bewijs, dat de Romeinsche Stoici ook ijverden voor een beter lot der slaven<sup>3)</sup>. Wel is het van belang aan te toonen, dat speciaal de (ideëele) mogelijkheid van iniuria tegenover slaven zelf in Stoische kringen erkend werd. En daarvoor is het voldoende SENECA als getuige te roepen. Deze zegt ergens<sup>4)</sup>: Sic invenies servum qui flagellis quam colaphis caedi malit et qui mortem ac verbera tolerabiliora credat quam contumeliosa verba; ergens anders<sup>5)</sup>: serv(i) . . in quos . . contumeliosissimi sumus; verder, op de voor ons belangrijkste plaats<sup>6)</sup>: Inter se contraria sunt beneficium et iniuria, potest dare beneficium domino si a domino iniuriam accipere (servus). Atqui de iniuriis dominorum in servos qui audiat positus est, qui et saevitiam et libidinem et in praebendis ad victum necessariis avaritiam conpescat. En SENECA gebruikt hier iniuria niet in de vage beteekenis van quod non iure fit, maar in meer technischen zin. Daarvoor pleit het meervoud iniuriis, de tegenstelling met saevitia, libido en avaritia en ook het feit, dat SENECA nu eenmaal juridisch geschoold was. Zoo stelt hij ook op een andere plaats<sup>7)</sup> servi tegenover liberi, ingenui tegenover libertini, iusta libertas tegenover libertas inter amicos data. Dat hij zelfs

<sup>1)</sup> Zooals MOMMSEN voorstelt in plaats van het overgeleverde: me tangat et.

<sup>2)</sup> Zie literatuur bij KRÜGER. Deze zelf ontkent alleen, dat vele gevallen van werkelijke rechtsverandering het gevolg van den invloed zijn geweest.

<sup>3)</sup> P. WENDLAND, *Hellenistisch-römische Kultur* <sup>1</sup> (1912) bl. 42 vg.

<sup>4)</sup> Ad Serenum 2, 4.

<sup>5)</sup> Epistolae 47, 1.

<sup>6)</sup> De beneficiis 22, 3.

<sup>7)</sup> De vita beata 24, 3.



de mogelijkheid van iniuria van domini tegenover hun eigen slaven stelt, is slechts een argumentum a fortiori voor wat ik wil betoogen.

Met dit alles wil nu niet gezegd zijn, dat de iniuria van SENECA precies samenvalt met de iniuria van het positieve recht, evenmin als ik hier conclusies zou willen trekken uit de tegenstelling iniuria  $\times$  contumelia, die hij ergens geeft. Daarmede zou te lichtvaardig juridische beteekenis gegeven worden aan wijsgeerige geschriften. Ik wil alleen maar beweren, dat de iniuria van SENECA, eenmaal door een beroepsjurist opgevat en in verband gebracht met het positieve recht, zeker geschikt was om met het positiefrechtelijk delict samen te vallen.

Bij SENECA is van de Stoici, voorzoover mij bekend is, het meest karakteristieke op dit punt te vinden en ik zal daarom hier geen andere schrijvers <sup>1)</sup> uit die school citeeren, te meer, daar de geschiedenis der iniuria ipsi servo facta vóór GAIUS en ULPIANUS een aparte behandeling waard is. Ik meen met de Senecaplaatsen duidelijk genoeg de mogelijkheid van Stoischen invloed op ULPIANUS in deze materie te hebben aangetoond.

En daarmede ook op ALEXANDER SEVERUS. Want het is bekend genoeg, dat de jurist alles bij dezen keizer vermocht; de historia Augusta vertelt het ons <sup>2)</sup> en ze wordt hierin door de autoriteiten geloofd <sup>3)</sup>, want anderen, CASSIUS DIO <sup>4)</sup> en HERODIANUS <sup>5)</sup>, steunen haar. En van beteekenis voor mijn hypothese zijn vooral een paar bijzonderheden, die wij van beide mannen en hun verhouding weten. Zoo meldt de historia Augusta, dat ULPIANUS de beslissingen van den keizerlijken raad vooraf moest opstellen <sup>6)</sup> en uit den Codex Justinianus blijkt, dat hij op 1 December 222 praefectus praetorio was <sup>7)</sup>. Hij kan het dus heel goed elf dagen te voren, op den dag van de besproken constitutie, ook geweest zijn; in elk geval was hij toen al de man aan het hof.

<sup>1)</sup> EPICTETUS, MUSONIUS RUFUS, MARCUS AURELIUS.

<sup>2)</sup> Vita Alexandri 31, 2.

<sup>3)</sup> Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung 1921 bl. 155 vg.

<sup>4)</sup> Ρωμαϊκή ιστορία 81, 1.

<sup>5)</sup> Ἡρωδιανοῦ τῆς μετὰ Μάρκον βασιλείας ιστορίαι 6, 1, 2.

<sup>6)</sup> Vita Alexandri 15, 6; 17, 2.

<sup>7)</sup> C. 4, 64, 4: ... ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio et parentem meum reos remittere curabit...



En nemen wij met GRENFELL-HUNT, uitgevers<sup>1)</sup> van P. Fay 20<sup>2)</sup> en met WILCKEN<sup>3)</sup> aan, dat het edict over het aurum coronarium, in deze papyrusoorkonde bewaard, door ALEXANDER SEVERUS en niet door JULIANUS den Afvallige<sup>4)</sup> gegeven is, dan sluit zich een kring van aanwijzingen voor de juistheid van mijn hypothese. Dan bestaat er een verband tusschen de *φιλανθρωπία, εὐεργέσιαι*<sup>5)</sup>, *σωφροσύνη* en *ἐγκρατεία*<sup>6)</sup> en het beroep op keizer MARCUS AURELIUS<sup>7)</sup> in dit edict; de *ἡθὸς ἐς τὸ φιλάνθρωπον πάνυ ἐπιρρεπὲς*<sup>8)</sup> en *εὐεργετικόν*<sup>9)</sup> en de *βασίλεια πραεῖα καὶ πάνυ ἡμερὸς*<sup>10)</sup> van ALEXANDER SEVERUS; de beneficia, clementia, humanitas, enz., waarover SENECA<sup>11)</sup> het telkens heeft; en het: hanc (iniuriam) et servum sentire palam est bij ULPIANUS. Dan heeft het den schijn of keizer en kanselier met het rescript van 21 November 222 een der eerste uitvoeringshandelingen verrichtten van het humane „regeeringsprogramma”<sup>12)</sup>, dat zij in het voorjaar in het edict hadden opgesteld.

Meer dan een hypothese is dit alles echter niet, temeer daar er verschillende plaatsen in de bronnen zijn, die tegenaanwijzingen geven, al hebben ze mij niet overtuigd.

Dat ULPIANUS in zijn werk ad Sabinum, dus vóór 217, reeds de nieuwe uitdrukkingwijze gebruikt<sup>13)</sup>, zegt niets; evenmin zegt het veel, dat hij in een niet-woordelijk citaat<sup>14)</sup> reeds JULIANUS dit laat doen; maar bedenkelijker is, dat hij in het vervolg van de als hoofdargument door mij geciteerde plaats, in paragraaf 44, spreekt van een iniuriarum iudicium servi nomine. Doch, zooals ik reeds

<sup>1)</sup> In 1900 en nogmaals, na hun tusschentijdsche meeningsverandering, bij uitgave van P. Oxy. XII n°. 1632 bl. 29 in 1916.

<sup>2)</sup> = BRUNS *Fontes* I n°. 96.

<sup>3)</sup> *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Romanistische Abteilung* 1921 bl. 155 vg.

<sup>4)</sup> Zoo DESSAU, *Revue de Philologie* 1901 bl. 285; GRADENWITZ in BRUNS t. a. p.; ENSZLIN in *Klio* 1922 bl. 128 vg., speciaal ook tegen WILCKENS argumenten.

<sup>5)</sup> R. 16.

<sup>6)</sup> R. 21.

<sup>7)</sup> R. 3—4.

<sup>8)</sup> HERODIANUS 6, 1, 6.

<sup>9)</sup> HERODIANUS 6, 9, 8.

<sup>10)</sup> HERODIANUS 7, 1, 1.

<sup>11)</sup> En de andere Stoici.

<sup>12)</sup> De uitdrukking is van WILCKEN, t. a. p.

<sup>13)</sup> D. h. t. 30; zie noot 2 op pag. 280. <sup>14)</sup> D. h. t. 1, 6.



opmerkte, ULPIANUS' toon is hier niet de toon van iemand, die iets zekers constateert (puto). Bovendien staat nog absoluut niet vast, wat dit „nomine” hier zou moeten beteekenen, tenminste ik heb in de moderne literatuur over het Romeinsche procesrecht geen klare resultaten kunnen vinden op dit punt en ook staat speciaal de formula der actio iniuriarum bij de auteurs in het geheel niet vast<sup>1)</sup>. Toch zou ik voorloopig geneigd zijn in dit „servi nomine” meer te zien, dan *ὑπὲρ δούλου*, propter servum, zooals Vos <sup>2)</sup> een plaats van PAULUS <sup>3)</sup> uitlegt, waar dezelfde uitdrukking voorkomt en die vóór 206 is geschreven. Ik zou dus in deze beide plaatsen wel aanwijzingen tegen mijn hypothese willen zien, al zijn het geen beslissende.

Dat PAULUS in zijn werk ad Edictum, dus vóór 211, reeds spreekt van servo iniuriam facere <sup>4)</sup> beteekent daarentegen weer niets, want ook hij stond, minstens evenzeer als ULPIANUS, onder Stoischen invloed <sup>5)</sup>. Des te minder ben ik geneigd eenige plaats van PAULUS als argument tegen mijn hypothese te aanvaarden, daar de mogelijkheid bestaat, dat deze jurist in zijn Sententiae, dus zeker na 206 en waarschijnlijk in of na 212, nog uitdrukkelijk het bestaan van den ouden rechtstoestand constateerde. De desbetreffende plaats <sup>6)</sup>, zooals ze in de moderne tekstuitgaven naar de handschriften van de lex Romana Visigothorum gedrukt wordt, luidt: Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare; ideoque per nos actio inferri potest, si modo is, qui fecit, (in) iniuriam nostram id fecisse doceatur.

Het komt mij voor, dat dit onmogelijk zoo door PAULUS kan zijn neergeschreven, want het is een groote onjuistheid. Volgens alle gegevens is het voor het instellen van een actio iniuriarum

<sup>1)</sup> Zie PARTSCH, in zijn bespreking van de tweede uitgave van LENEL'S *Edictum Perpetuum*, in Z. S. S. Rom. Abt. 1910 bl. 926 en BERGER in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1914 bl. 79, die echter PARTSCH heeft misverstaan.

<sup>2)</sup> Met verwijzing naar D. 9, 4, 42, 1.

<sup>3)</sup> D. h. t. 27.

<sup>4)</sup> D. h. t. 18, 1.

<sup>5)</sup> SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, Einleitung bl. 12/13: „Aber immer bestimmter wird unter den späteren Juristen die stoische Färbung, bis sie bei ULPIAN und vorzüglich bei PAULUS ihren Höhepunkt erreicht.”

<sup>6)</sup> 5, 4, 3.



door den pater of den maritus wegens iniuria, tegen liberi of uxor gepleegd, geen apart vereischte, dat de daad speciaal in iniuriam patris of mariti is gepleegd, want dit wordt als vanzelfsprekend aangenomen. GAIUS zegt dat op de geciteerde hoofdplaats uitdrukkelijk en in de Digesten vertelt het ons ULPIANUS <sup>1)</sup> met aanhaling van NERATIUS <sup>2)</sup> en, op de meest nadrukkelijke manier, PAULUS zelf <sup>3)</sup>: wanneer de dader weet, dat iemand filius familias of getrouwd is, cuicumque patri, cuicumque marito per filium, per uxorem vult facere iniuriam <sup>4)</sup>. De moderne auteurs spreken dan ook nergens van dit vereischte. Maar de uitdrukking in iniuriam (nostram) is juist gelijkwaardig aan de termen in contumeliam (domini), ad suggillationem (domini), die bij slaven het aparte vereischte karakteriseeren. En zoo doemt de mogelijkheid op, dat PAULUS in de zinsnede, die in de uitgaven met ideoque begint, handelde over slaven en niet over liberi en uxor. De plaats zou dan misschien hebben kunnen luiden: [ideoque] per servos nostros nobis iniuria fieri (of inferri) potest, enz. Ik heb niet kunnen nagaan of er bepaalde palaeografische argumenten bestaan, die deze verminking in een bepaalden tijd waarschijnlijk zouden kunnen maken. Als algemeen argument voor de mogelijkheid zou kunnen gelden de overeenkomst der letter- en klankgroepen: per en ser., vos en nos, in (iuria) fieri en in-ferri, waarbij dan haplografie is gekomen <sup>5)</sup>. De verandering van iniuria in actio is niet zoo gemakkelijk te verklaren, maar juist daarvoor bestaan, geloof ik, andere argumenten. Want wel is de uitdrukking per ( $\Rightarrow$  door) nos actio inferri potest niet onmogelijk, maar de uitdrukking per (= via) servos iniuria inferri (of fieri) potest heeft juist bij dit onderwerp parallellen bij GAIUS <sup>6)</sup> en bij ULPIANUS <sup>7)</sup>, die zegt: Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria

<sup>1)</sup> D. h. t. 11, 7.

<sup>2)</sup> D. h. t. 1, 8.

<sup>3)</sup> D. h. t. 18, 5.

<sup>4)</sup> Tenzij men meent, dat het in de Sententiae gestelde aparte vereischte juist die wetenschap van het bestaan van een pater of maritus inhoudt, wat mij zeer onwaarschijnlijk voorkomt, juist met het oog op de Gaius- en Ulpianusplaatsen.

<sup>5)</sup> Haplografie bestaat reeds zeker bij (in) iniuriam . . .

<sup>6)</sup> T. a. p.

<sup>7)</sup> D. h. t. 1, 3.



aut per alias personas, terwijl PAULUS zelf in de paragraaf, onmiddellijk volgend op de plaats in kwestie, de termen gebruikt: corpori iniuria infertur en cuive stuprum infertur.

Neemt men nu deze tekstverminking aan, dan is de iniuria ipsi servo facta dus erkend in den tijd na 206 (of 212) en ontvangt mijn hypothese een krachtigen steun <sup>1)</sup>.

Wannéér de tekst dan verminkt is, daarover durf ik op het oogenblik zelfs niets vermoeden, daar de verminking evengoed vóór als na ALARIK kan hebben plaats gehad.

Trouwens, met de geheele bespreking van deze Paulusplaats ben ik op een terrein gekomen, waar zelfs van geen hypothese meer sprake is, maar slechts van mogelijkheden, die misschien door één feit, dat mij onbekend is, onmogelijkheden kunnen worden. Ik haast mij dan ook het geheele terrein der onzekerheden te ontruimen om de betrekkelijk zekere stellingen weer te gaan innemen, die GAIUS en JUSTINIANUS verschaffen en ik heb nu tot taak, deze tot permanente stellingen in te richten, door het versterken van mogelijk zwakke punten.

En al dadelijk krijg ik daarbij aan den eenen kant te maken met de Instituten van JUSTINIANUS <sup>2)</sup>, waar de hoofdplaats van GAIUS bijna letterlijk is overgenomen met enkele grammaticale veranderingen. Ze luidt: Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intellegitur, sed domino per eos fieri videtur; non tamen isdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit, veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit. HUSCHKE grondde dan ook op deze plaats zijn meening over het voortbestaan der oude opvatting naast de nieuwe. Ik acht echter in dit geval een achteloosheid der redactiecommissie waarschijnlijk. Erg nauwkeurig heeft deze commissie in elk geval niet gewerkt, toen ze aan de plaats bezig was. Ze slaagde er tenminste

<sup>1)</sup> Is de (onbewezen) meening van FITTING juist, die beweert, dat de laatste 30 boeken van ULPIANUS' commentaar ad edictum onder ALEXANDER SEVERUS zijn geschreven, dan vervalt wel mijn interpretatie van de Ulpianus-hoofdplaats, maar niet mijn hypothese ten opzichte van de constitutie van 21 November 222.

<sup>2)</sup> I. 4, 4, 3.



niet in den zin van GAIUS zoo van de eerste persoon meervoud in de derde persoon enkelvoud om te zetten, dat hij nog logisch in elkaar bleef zitten. En het gevolg was, dat er ten slotte de enormiteit uit paragraaf 3 te lezen is: *domino . . . per liberos et uxores iniuria fieri intellegitur*. Trouwens, de geleerde THEOPHILUS<sup>1)</sup> zat al dadelijk bij het schrijven van zijn parafrase verlegen met de plaats, die DOROTHEUS of hijzelf in een onbewaakt oogenblik had opgenomen. Het lijkt tenminste wel of hij in die parafrase probeerde de plaats ongemerkt onschadelijk te maken zonder den toorn van JUSTINIANUS, wegens overtreding van het verbod van kritiek en verandering, op zich te laden. Hij zegt: <sup>2)</sup>

Ἐὰν ὁ ἐμὸς οἰκέτης ὑβρισθῇ οὐδεμία αὐτῷ ἀγωγὴ ἀρμόζει. ἐξ ὧν δὲ αὐτὸς ὑβρισθῇ, δοκῶ ἐγὼ ὁ δεσπότης ὑβριν ὑποστῆναι. ἀλλ' οὐχ οἷτινες τρόποι υἱοῦ ἢ γαμετῆς ὑβρισθέντων διδόασί μοι τὴν iniuriarum, οἱ αὐτοὶ καὶ ἐπὶ οἰκέτου. ἐπὶ γὰρ δούλου τότε ὑβρίζεσθαι δοκῶ, ἥνικα σκαιὸν τι κατ' αὐτοῦ ἐπλημμελήθῃ καὶ ὅπερ φανερώς εἰς ὑβριν ὁρᾷ τοῦ θεσπότης. οἷον ἴάν τις τὸν ἐμὸν οἰκέτην μαστίξῃ. ἀρμόζει γὰρ ἐπὶ τούτου τοῦ θέματος ἡ iniuriarum. εἰ δέ τις conviction ποιήσῃ τῷ ἐμῷ οἰκέτῃ ἢ πῦξ αὐτὸν τυπτήσῃ, οὐδεμίᾳ μοι δίδοται ἀγωγή.

Vergelijken wij de drie teksten, dan zien wij, dat THEOPHILUS' Grieksche tekst nog op JUSTINIANUS, noch op de oorspronkelijke Gaius-woorden teruggaat. Met GAIUS heeft hij gemeen het enkelvoud οἰκετῆς tegenover servi bij JUSTINIANUS, verder de eerste persoon, waar JUSTINIANUS de derde gebruikt en in verband daarmede mist ze ook de logische fout, die wij bij JUSTINIANUS constateerden. Met dezen heeft zij echter gemeen: καὶ <sup>3)</sup> ὅπερ φανερώς εἰς ὑβριν ὁρᾷ (= respicit ad contumeliam), waar GAIUS de copula mist en van: in contumeliam . . . fieri videtur spreekt, terwijl bovendien JUSTINIANUS en THEOPHILUS met het nieuwere procesrecht rekening houden en daardoor missen de tegenstelling formula datur × formula proponitur.

Maar voor ons onderwerp belangrijk is, dat THEOPHILUS weglaat de bewering, die zoowel GAIUS als JUSTINIANUS uiten: „Servo ipsi nulla iniuria fieri intellegitur” en kalmweg spreekt van:

<sup>1)</sup> Of wie anders de schrijver geweest moge zijn.

<sup>2)</sup> Uitgave FERRINI.

<sup>3)</sup> Et: niet in alle handschriften der Instituten.



„Ἐὰν ὁ οἰκέτης (αὐτὸς) ὑβρισθῇ” <sup>1)</sup>. Daarmede is de pointe volkomen verdwenen, de kwestie teruggebracht tot de vraag, wie de actie heeft en de plaats onschadelijk gemaakt. Een bevredigend geheel wordt zijn beschouwing daardoor niet, maar wie het naadje van de kous wilde weten kon de Digesten raadplegen en den Codex.

Ik ben mij nu wel bewust, dat de parafrase niet absoluut zeker THEOPHILUS als auteur heeft en dat de tekst, teruggaande op bewerkte Gaiusuitgaven, in hoofdzaak wel vóór JUSTINIANUS, bijvoorbeeld in Berytus, kan zijn ontstaan en misschien zonder de bedoeling, die ik veronderstelde, naast den tekst van JUSTINIANUS is gezet. Maar wat dan nog. Dan is dat een aanwijzing, dat reeds, toen de Gaiustekst bewerkt werd, het recht gewijzigd was en kan de parafrase als gegeven gebruikt worden naast de op bladzijde 282 geciteerde uitingen van SALVANIUS en de keizers DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS. Het verschil tusschen Instituten en parafrase blijft bestaan en de ongewijzigde Gaiustekst in die Instituten blijft een anachronisme.

Ik wil echter zelfs toegeven, dat toch die Institutenplaats geen anachronisme, maar een werkelijke uiting *kan* zijn van een bestaande opvatting, die op een of andere manier zich naar voren heeft weten te dringen. Maar zeer ouderwetsch was die opvatting dan zeker en de Institutenplaats was haar laatste levensteeken. Want na 533 volgt Oost en West de andere opvatting.

Het ligt niet in mijn bedoeling in dit artikel deze verdere geschiedenis der iniuria ipsi servo facta na te gaan. Ik volsta hier dus met de mededeeling, dat in het Westen de andere opvatting te vinden is bij BARTOLUS en zelfs in den Zwabenspiegel <sup>2)</sup>, en, voor het Oosten, met het citceren van een plaats uit de Basilica met scholiën.

De Basilica-plaats <sup>3)</sup> luidt: Ἐὰν εἰς ὑβριν τοῦ δεσπότου ὑβρισθῇ δοῦλος, αὐτὸς ιδίῳ ὀνόματι τὴν περὶ ὑβρεως ἀγωγὴν ἔχει. εἰ δὲ καὶ μὴ διὰ τὸ καθάψασθαι τοῦ δεσπότου γέγονεν, ἐκδικεῖ τὸ πλημμεληθὲν

<sup>1)</sup> Als nadere aanwijzing voor de onnauwkeurigheid, waarmede de Institutentitel werd samengesteld, diene, dat JUSTINIANUS in § 4 en § 6 ook de nieuwe uitdrukkingswijze gebruikt, die hij in § 3 zoo juist heeft verworpen.

<sup>2)</sup> Zie MAINZER t. a. p.

<sup>3)</sup> 60, 21.



ὁ ἄρχων, μάλιστα ἐὰν ἐμαστιγώθῃ ἢ ἐξητάσθῃ, en het bedoelde scholium bij die plaats: ἐκδικεῖ τὸ πλημμεληθὲν ὁ ἄρχων] *Ἐξτραδόνως, οὐ μὴν διὰ τῆς περὶ ὑβρεως ἀγωγῆς. ἐνταῦθα γὰρ ἀπὴν διάθεσις τοῦ ὑβρίσαντος τὸν δούλου δεσπότην.* Een ander scholium is reeds in noot 4 op bladzijde 284 geciteerd. Ze onderscheiden alle drie uitdrukkelijk de iniuria ipsi servo facta van de iniuria domino per servum facta en geven zelfs de procesrechtelijke gevolgen van dit onderscheid aan.

Ik betwijfel, of Vos deze plaatsen onder oogen had gehad, toen hij bij zijn interpretatie van de Ulpianus-hoofdplaats, waarop de Basilica hier teruggaan, schreef <sup>1)</sup>: „Naar mijn meening zeggen namelijk deze woorden absoluut niets omtrent de vraag, of hier sprake is van een slavenrecht of niet. ULPIANUS kan hier toch niets anders bedoeld hebben dan te zeggen, dat men een slaaf niet straffeloos mag iniurieeren”, waarbij hij vergat, dat juist de beteekenis van dit „iniurieeren van een slaaf” het punt is, waar het om gaat.

Aan den anderen kant echter deel ik de opvatting van Vos, dat het bevreemdend is, dat tegenstanders, de Gaiusplaats citeerend, kunnen beweren, terwijl zij doelen ook op den tijd vóór 161,: „Der Sklave selbst als Persönlichkeit wird hier angegriffen” <sup>2)</sup>.

Ik ben nu gekomen bij de andere zekere stelling en ook hier krijg ik bij het onderzoek van die stelling dadelijk te maken met een plaats, die op het eerste gezicht mijn positie schijnt te verzwakken.

GAIUS zelf <sup>3)</sup> geeft namelijk den inhoud weer van een rescript van ANTONINUS PIUS, dat volledig wordt geciteerd door ULPIANUS in zijn achtste boek de officio proconsulis. Het desbetreffende fragment staat in de Digesten <sup>4)</sup>, die hier gecontroleerd kunnen worden met behulp van de Collatio legum romanarum et mosaicarum <sup>5)</sup>, waar de tekst van de Ulpianusplaats vrijwel gelijkluidend is bewaard gebleven. Volgens de Digesten schreef ANTONINUS PIUS

<sup>1)</sup> Bl. 80.

<sup>2)</sup> PERNICE t. a. p.

<sup>3)</sup> 1, 53 en gelijkluidend, voorzover het er hier op aankomt, JUSTINIANUS Instituten 1, 8, 2.

<sup>4)</sup> D. 1, 6, 2.

<sup>5)</sup> 3, 3.



het volgende aan AELIUS MARCIANUS, proconsul van Baetica <sup>1)</sup>: Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem *iniuriam* denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuum confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami *iniuria* affectos cognoveris, venire iube ita, ut in potestate domini non revertantur. Qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius exsecuturum.

Hier wordt dus in de terminologie de mogelijkheid aangenomen van iniuria tegenover een slaaf, zelfs in de verhouding van heer tot slaaf. Hoewel de Collatio ons wel in staat stelt de Digesten bij hun Ulpianuscitaat, maar niet ULPIANUS bij zijn weergave van het rescript te controleeren, zou het reine willekeur zijn om aan te nemen, dat ULPIANUS hier iniuria had ingelascht, nu GAIUS in zijn resumé dezen term niet gebruikte. Ik geloof integendeel, dat die term hier bij ANTONINUS PIUS best te verwachten is. Zijn „clementia” is spreekwoordelijk geworden <sup>2)</sup> en niet voor niets is hij drie en twintig jaren lang door het leven gegaan met MARCUS AURELIUS <sup>3)</sup>, die in 140 samen met PIUS het consulaat bekleedde, in 145 zijn schoonzoon werd en die in zijn Stoicijsch boek *Eis éautón* <sup>4)</sup> zichzelf vermaant: „ἀγώνισαι, ἵνα τοιοῦτος συμμείνης, οἷόν σε ἠθέλησε ποιῆσαι φιλοσοφία. αἰδοῦ θεούς, σῶζε ἄνθρώπους . . . . πάντα ὡς Ἀντωνίνου μαθητής”.

Al weet ik niet, dat ergens ANTONINUS PIUS bepaald onder de erkende Stoici wordt gerekend, toch is, dunkt mij, het verband tusschen het bedoelde rescript en de opvattingen van zijn schoonzoon sprekend genoeg, om het voorkomen van den term iniuria te verklaren.

<sup>1)</sup> Het juiste jaar van het rescript is niet bekend. De Collatio citeert echter nog een tweede rescript van PIUS over het onderwerp, dat *misschien* met „ex mea iam auctoritate” en zijn kortere „te ad alienandos eos compellere” verwijst naar het andere rescript. Daar dit tweede rescript van 152 is, zou in dat geval het in den tekst besprokene tusschen 138 en 152 vallen.

<sup>2)</sup> Zie PAULY-WISSOWA.

<sup>3)</sup> Vita Marci Aurelii 7, 2.

<sup>4)</sup> 6, 30.



En de termen, die verder in het rescript voorkomen, zijn in dit opzicht ook merkwaardig. Het is waarschijnlijk geen toeval, dat de drie redenen voor het optreden tegen wreede meesters, opgenoemd in het rescript: saevitia, fames, intolerabilis iniuria, corresponderen met de bij SENECA <sup>1)</sup> genoemde misdragingen van domini: iniuriae, saevitia en libido, in praebendis ad victum necessariis avaritia. Ik wil niet beweren, dat er *direkt* verband bestaat tusschen beide plaatsen, maar merkwaardig blijft het toch. Zoo zal het misschien ook geen toeval zijn, dat GAIUS in zijn resumé van het rescript, luidend: nam consultus a quibusdam praesvidibus provinciarum de his servis qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere, den term iniuria niet gebruikte en alles trachtte samen te vatten onder intolerabilis saevitia. Hij gaf zodoende den inhoud niet volledig weer, want, strikt genomen, dekt saevitia desnoods wel fames (en libido), maar niet iniuria. De keizer zelf sprak dan ook aan het eind van zijn rescript van *durius hab(ere) quam aequum est naast iniuria adf(icere)*.

Hoewel nu hier allemaal toeval in het spel kan zijn of slordigheid, geloof ik toch, dat GAIUS hier opzettelijk zich schrap zette tegen het Graecisme, waaruit de, volgens hem incorrecte, terminologie voortspoot. Want de Stoa stamt uit Griekenland en speciaal de mogelijkheid van iniuria ipsi servo facta was in Athene werkelijkheid geworden, reeds meer dan vijf eeuwen <sup>2)</sup>. Trouwens het geheele rescript van PIUS wijst op Griekenland, waar, o.a. in Athene de slaven in dergelijke gevallen *πρᾶσιν αἰτεῖν* konden <sup>3)</sup>.

De term iniuria bij PIUS, heeft dus, in plaats van mijn positie te verzwakken, integendeel mijn betoog geadstrueerd en verdere plaatsen, die tegenaanwijzingen geven, heb ik totnutoe niet kunnen ontdekken <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> De beneficiis 22, 3; zie den tekst bij noot 6 op pag. 285.

<sup>2)</sup> Zie hierover mijn artikel: *De Instituten van Gaius en het Oudhelleensche recht* in dit tijdschrift 1919.

<sup>3)</sup> POLLUX Onomasticon 7, 13. Zie verder LIPSIUS, *Das attische Recht und Rechtsverfahren* II bl. 643.

<sup>4)</sup> Daar noch in *Thesaurus linguae latinae* noch in *Vocabularium iurispru-*



Wel meen ik nog een gegeven te hebben, dat een aanwijzing, zij het ook een zwakke, geeft voor de onmogelijkheid van iniuria ipsi servo facta in het Romeinsche recht vóór 161. En dat is het feit, dat de oudere juristen, in de Digestenfragmenten door ULPIANUS en PAULUS bij dit onderwerp geciteerd, in zes gevallen<sup>1)</sup> zeker, in één geval<sup>2)</sup> waarschijnlijk, handelen over gevallen, waarbij suggillatio domini aanwezig is, terwijl in de twee andere gevallen<sup>3)</sup> in den titel dit niet is uit te maken, en er geen andere plaats te vinden is, waar zeker een ouder jurist iniuria zonder die suggillatio domini vermeldt en bovendien ULPIANUS bij zijn bespreking van de gevallen buiten quaestio en verberatio in paragraaf 43 en 44 van fragmentum 15 plotseling geen jurist citeert<sup>4)</sup>.

Maar, men moge over de laatste aanwijzing denken, wat men wil, GAIUS zelf geeft genoeg zekerheid en ik kan nu beginnen aan de laatste opgave, die ik mij voor dit artikel gesteld heb: na te gaan, wat de rechtsverandering voor den slaaf beteekende. En het antwoord hierop is, dunkt mij, eenvoudig: De meester had door het wegvallen van het element „in contumeliam domini” vaker gelegenheid de actio iniuriarum in te stellen, wegens feiten tegen zijn slaaf gepleegd. Daar nu het winnen van het proces geld inbracht, waren ook meesters, die minder hart voor hun slaven hadden, toch misschien geneigd om de actie in te stellen.

Dat een slaaf nu in het vervolg ook evengoed beschermd was als een vrije, wil ik niet beweren. Er zal zeker bij een slaaf niet zoo gauw iniuria aangenomen zijn, als bij een vrije, daarop duidt

*dentiae romanae* het artikel „iniuria” verschenen is, kon het onderzoek niet volledig zijn, zonder voor dit artikel te omslachtig te worden. Een volledige geschiedenis van de iniuria ipsi servo facta vóór 161 lag niet in mijn bedoeling. Bij een eventueel onderzoek zullen natuurlijk wijsgeerige geschriften en werken van schrijvers, waar Grieksche, speciaal Atheensche invloed te verwachten is zooals PLAUTUS en TERENTIUS, niet voor tegenargumenten gebruikt kunnen worden.

<sup>1)</sup> D. h. t. 1, 7: LABEO-verberaverit; 15, 39: LABEO-loris ruperit; 15, 42: LABEO-quaestionem habeat; 15, 45: MELA-caesurus; 15, 46: LABEO-verberato; 17, 2: MELA-flagellis caesus.

<sup>2)</sup> D. h. t. 16: PEDIUS.

<sup>3)</sup> D. h. t. 25: quidam—stuprum passa sit; 1, 6: JULIANUS-iniuria, zie noot 2 op pag. 280 en 14 op pag. 287.

<sup>4)</sup> Zie ook § 48.



ULPIANUS al met zijn beschouwingen over den aard en de positie van den slaaf, die men in aanmerking moet nemen, in paragraaf 44. Maar in elk geval, door het wegvallen van het genoemde element, was de weg vrij gemaakt voor elke ontwikkeling in goede richting.

Andere consequenties, met name op het gebied van het actienrecht, heeft men niet getrokken en hieruit meende Vos argumenten te kunnen putten voor de ontkenning van de heele rechtswijziging.

Men stelde zich echter de systematiek der klassieke en vroegere Romeinsche juristen goed voor. Zij bestond eigenlijk uit niets anders dan commentaar op (procesrechtelijke) edictsinnen en wijzigingen in deze zinnen brachten de daarmede corresponderende wijzigingen in het systeem. Nu is men gewoon om, wanneer men een groep uitspraken van juristen aantreft in het Romeinsche recht, die eigenlijk hun vereenigingspunt vinden in een *edictsplaats*, te spreken van toepassingen van een *beginsel*. Dat komt er ten slotte op neer, dat men uit een formeel verband zonder meer een materieel verband afleidt. Of dit juist is, of niet; of men zich daarmede de verhouding van recht en systeem en de beteekenis der consequentie in de Romeinsche juristenwereld juist voorstelt, wil ik hier in het midden laten <sup>1)</sup>. Maar in elk geval heeft een argument uit het ontbreken van consequenties geen waarde bij een rechtsverandering, die niet heeft plaats gehad op de oude manier, door edictsverandering, maar integendeel, door het stellen van een materieelrechtelijke nieuwe norm, zooals ik voor ons geval aannam <sup>2)</sup>. Een systematische grond voor „consequenties” bestond in zoo’n geval niet voor de rechtswetenschap. Zoo is er voor mij geen reden om aan te nemen, dat met het erkennen van de materieelrechtelijke mogelijkheid van iniuria ipsi servo facta, hetzij in ± 200, hetzij later, nu ook moest gepaard gaan de toekenning van de actio iniuriarum aan den vrijgeworden slaaf zelven, wegens iniuria, tijdens zijn slavernij hem aangedaan door derden. Het argument, dat Vos <sup>3)</sup> ontleende aan

<sup>1)</sup> Zie over deze kwestie b.v. de inaugureele redes van Prof. C. VAN OVEN (Groningen 1917) en Prof. J. C. NABER (Utrecht 1884).

<sup>2)</sup> C. 9, 35, 1.

<sup>3)</sup> T. a. p. bl. 84 vg.



het Ulpianusfragment, aangehaald bij noot 8, op bladzijde 282 <sup>1)</sup>, heeft dan ook op mij geen indruk kunnen maken en zoo is het ook met enkele andere argumenten van die soort <sup>2)</sup> bij hem.

Welke procesrechtelijke gevolgen de verandering wel had, wil ik wegens de groote onzekerheid op dit gebied, volkomen terzijde laten in dit artikel; het zal apart onder oogen gezien moeten worden.

Hier ging het er alleen om, het materieele recht en zijn wijziging te bespreken. Bedrieg ik mij niet, dan zijn er bij de iniuria ipso servo facta draden aan te wijzen, waardoor de rechtsgeschiedenis van Hellas, misschien van het Oosten, verbonden wordt aan de Byzantijsche en die van Middeleeuwsch West-Europa en dit artikel diende, om het knooppunt van deze draden op te zoeken in het Rome der SEVERI.

---

<sup>1)</sup> Zie ook PAULUS D. h. t. 29.

<sup>2)</sup> B.v. uit I. 4, 4, 4.



# APORTACIONES PARA LA HISTORIA DE LA RECOPIACIÓN DE LEYES DE INDIAS DE 1680

POR

JOSÉ M<sup>o</sup> OTS CAPDEQUI (OVIEDO).

---

I. *Cómo se ha venido haciendo la historia de esta Recopilación.* — Tradicionalmente han servido de fuentes para hacer la historia de la Recopilación de leyes de Indias de 1680, las noticias contenidas en la Real Cédula confirmatoria de la Recopilación — que sirve de prólogo a la misma — y las suministradas por Antonio de León Pinelo en algunas de sus obras. De estas, la más interesante es un „Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de leyes de las Indias Occidentales, que en su Real Consejo presenta el Licenciado Antonio de León.” Este Discurso que puede ser consultado en el Archivo Histórico Nacional de Madrid y en el Archivo General de Indias de Sevilla, hemos tenido ocasión nosotros de examinarlo en los Archivos Nacionales de París donde se encuentra registrado con la siguiente signatura: „Collection Tiran. — A. B. XIX 559 B.”

Expondremos en breve síntesis su contenido haciendo al propio tiempo la crítica de sus más importantes afirmaciones.

Comienza su trabajo Antonio de León diciendo que presenta al Consejo „acabados los dos primeros libros, en tanto que los demás (que también lo están) se pone en perfección”... „Y... para que me aproveche mi trabajo, y su grandeza asegure alguna estimación y aumento, explicaré su disposición”.

Divide luego su Discurso en los siguientes capítulos:

I. — „Como las leyes deben ser manifiestas”. — Este capítulo no es otra cosa que una explosión de mala literatura con citas abundantes reveladoras de una erudición fácil y conducentes a



demostrar que las leyes deben ser manifiestas para que sean de todos conocidas.

II. — „De las Recopilaciones del derecho Romano, Canónico y Real”. — Es una enumeración de las recopilaciones de los derechos romano, canónico y real (español) que el autor conoce. Está plagado de errores. Asi por ejemplo, al tratar del llamado derecho real cita las siguientes compilaciones: 1º. Fuero Juzgo, recopilación hecha, dice, „el año tercero del Rey Sisisnando”; 2º. Despues se recopilaron las leyes del Fuero por mandado del Rey don Alonso el Nono”; 3º. „Don Fernando Tercero començò la excelente obra de las siete Partidas, la qual acabó su hijo don Alōso Décimo”.... „No tuvieron fuerça de leyes, hasta que se la dio la Reyna D<sup>a</sup> Juana”... „Y aunque muchos atribuyen el trabajo de las Partidas a Azon, Molin.... dise que murio mucho antes”; 4º. „La quarta Recopilación fue de las leyes del Estilo”...; 5º. „La quinta començóel Rey don Juan Segundo, y la acabaron los Reyes Católicos... a que llamaron Ordenamiento Real...” 6º. „La sexta fue una de pragmáticas, que hisierō los mismos Reyes Católicos, y despues reduxo a un breve compendio el Licēciado Andres Martinez de Burgos”; 7º. „La septima es la que oy por antonomasia llamamos la Recopilaciō”.

III. — „De las leyes de las Indias”. — Dice en él Pinelo que era necesario recopilar las leyes dictadas para las Indias por existir muchisimas disposiciones a veces contradictorias sobre una misma materia y por ser muy pocas las que se publicaban no por culpa de los ministros „sino porque está dispuesto por Ordenan. 16 del Cōsejo, solo se publican las que llevan clausula, que lo mande: y de todas las impresas no la tienen sino muy pocas”.

Añade luego que en las Indias la única Recopilación que han tenido ha sido la de quatro tomos de „Ordenanças que se imprimieron ha más de veinte y quatro años, los quales (demás que no fue Recopilación, como consta por ellos) tienen cinco defectos notables que aprietan más la dificultad y necessidad de las Indias”. El primero de estos defectos es según Pinelo la mala impresión, por sus muchísimas erratas no salvadas; el segundo consiste en sus deficiencias de plan pues aun cuando cada tomo está dividido en títulos „ni estos están con orden entre sí, ni en cada uno se comprehende sola la materia q̄ su inscripción promete... con lo



qual y la falta de tablas es tan difícil buscar en ellos una ley, como en los protocolos del Consejo"; el tercer defecto resulta de haber copiado las cédulas enteras con su cabeza y pié, y aun muchas de ellas duplicadas; el cuarto es debido a la escasez de ejemplares pues „no se hallan en las Indias, ni aun en estos Reynos: donde si algunos ay a vender, que es raras veces, cuestan cien ducados"; finalmente, el quinto defecto que Pinelo encuentra a esta Recopilación de Encinas lo constituye el hecho de faltar en ella no solo muchas cédulas antiguas sino todas las que se han dictado con posterioridad al año 1599.

IV. — „De los medios con que se puede hazer y acabar la Recopilación de las Indias". — Este es el capítulo más interesante para nuestro estudio y en el que se hacen precisas las más rotundas rectificaciones.

Lo encabeza Pinelo copiando lo que se decía en las „Ordenanças del Consejo, que son del año de 1571", y que literalmente era lo siguiente: „Sabed que Nos avemos mandado hazer declaración y recopilación de las leyes y provisiones, que hasta agora se han proveído para el buen gobierno de las Indias, a fin que todas puedan ser sabidas y entendidas, quitando las que ya no conviene guardarse, y proveyendo de nuevo las que faltan, y declarando y concertando las dudosas é repugnantes. Para lo qual se han juntado é distribuído por sus títulos é materias comunes, todas las que ay proveídas hasta agora".

A esta Real declaración pone nuestro autor el siguiente comentario: „Y con suponer esta obra tan adelante ha 54 años, no está acabada"... „Y en quanto a los que hasta agora se han ocupado en ella no hablo: porque no he visto quaderno ninguno de los que dizen ay escritos: si bien todos están aun distātes del fin, a que de presente los va disponiendo, ordenando y añadiendo el señor Licenciado don Rodrigo de Aguiar y Acuña"... „Supuesto pues que esta Recopilación se ha de hazer en el Consejo por quien ya la tiene a su cargo, no será mucho atrevimiento ofrecirme por ayudante suyo, pues demás de que mi profesión me habilita, juntamente con la assistēcia y noticia que tengo de las Indias y sus materias (requisito necessario para este ministerio, como adelante mostraré) ofrezco por junto lo que el ayudante mas diligēte pudiera dar por menudo, que es toda la obra acabada, con la perfección que le puede dar un particular. Y para muestra dello,



presento sacados en limpio los dos primeros libros, en los quales se conocerá que est̄ a los demás acabados: assí por que con estos presento los títulos de todos los nueve en que divido la obra, cosa que no pudiera hazer a no tenerla toda hecha, de la qual en mis borradores puedo hazer demostración: como porque para sacar estos dos libros constará por ellos, que distribuì todas las cédulas que los nueve han de tener”.

Saliendo luego al paso a las objeciones que puedan hacerse a su trabajo dice Pinelo „Ni obsta la imperfección desta mi obra, si solo consiste en aver puesto muchas leyes que no se han de imprimir, y faltar algunas que son necesarias” porque lo primero lo estima facilmente subsanable y „En quanto a lo segundo de las leyes que faltan satisfago con la misma razón; que es imposible hazer esta obra sin esta falta, el que no la hiciere con orden y facultad del Consejo: pues solo en él, se pueden hallar todas, y ningún particular podrá hazer más de lo que ofrezco hecho, que es recopilado todo lo q̄ anda impreso, y más de trescientas cédulas modernas, que ha podido juntar mi diligencia. Y aunque otro pudiera tener más, supuesto que no las podía tener todas, lo mismo se hiziera con su obra, que con la mía; a la qual es fácil añadir lo que falta”.

Termina el Discurso que venimos extractando con unas consideraciones muy prolijas sobre „los preceptos legales de recopilar, que en la forma y disposición he guardado, y guardaron los Recopiladores del Digesto”; preceptos que no reproducimos por carecer de interés y originalidad pues son una simple repetición de la doctrina expuesta en los códigos de Justiniano.

II. — *Rectificaciones introducidas por la crítica moderna: los proyectos de recopilación de Ovando y de Solorzano.* — A creer pues, lo que dice Antonio de León Pinelo en este Discurso que acabamos de extractar, de hecho, sería el propio Pinelo el único y verdadero autor de la Recopilación que hubo de sancionar el último de los Austrias; y en efecto, este ha sido el criterio que tradicionalmente han venido aceptando los historiadores de nuestro derecho indiano, hasta llegar a las rectificaciones formuladas por modernos investigadores.

Conviene subrayar las siguientes palabras del licenciado Antonio de León anteriormente reconocidas: „Y en quanto a los que hasta agora se han ocupado en ella (en la recopilación se entiende) no



hablo: porque no he visto quaderno ninguno de los que dicen ay escritos: si bien todos están aun distantes del fin, a que de presente los va disponiendo, ordenando y añadiendo el señor Licenciado don Rodrigo de Aguiar y Acuña”.

He aqui una confesión que, aun cuando hecha con poca sinceridad resulta por demás sugeridora por los problemas de investigación crítica que plantea. Si existieron otras personas „que hasta agora se han ocupado en ella”, esto es, en preparar un proyecto de recopilación de nuestra legislación de Indias ¿quiénes podrían ser los autores de estos proyectos, cuál sería su verdadero valor y su influencia en el código de 1680? ¿Hasta que punto es creíble la afirmación de Pinelo de no haber „visto quaderno ninguno de los que dizen ay escritos?”

El culto erudito don Marcos Jimenez de la Espada, en un folleto editado en Madrid en 1891 y titulado „El Código Ovan-dino” demostró de una manera evidente la existencia de un acabado proyecto de recopilación de nuestra legislación de Indias debido al licenciado Ovando. No se ha encontrado el original de este trabajo <sup>1)</sup> pero su importancia grande queda patente despues de los documentos aportados por el señor Jimenez de la Espada al rechazar el injustificado escepticismo manifestado a este respecto por el historiador don Antonio María Fabié. Por otra parte la cultura juridica demostrada por Ovando en su clásico libro „Gobierno del Perú” garantiza el acierto de su labor.

Pero no es este el único ni acaso el más interesante proyecto de recopilación que hubo de elaborarse con anterioridad al presentado por Antonio de León Pinelo. El maestro don Rafael Altamira en un reciente artículo publicado en la „Revista de Ciencias Jutídicas y Sociales” (año III — 1920 Madrid) titulado „La Intervención de Don Juan de Solorzano en la Recopilación de Indias” ofrece un avance de sus investigaciones sobre esta materia en el cual demuestra cumplidamente la existencia de otro proyecto de recopilación muy avanzado y muy completo, debido al gran historiador y jurista don Juan de Solorzano, el insigne autor de la „Politica Indiana”. Tampoco se ha logrado describir hasta

---

<sup>1)</sup> El h. Espada evel que pertenecen à él dos libros de Recopilación que existen en la Bib. Nac. de Madrid, ha publicado luego el h.



hoy el original de este proyecto pero no por ello puede dudarse ni de su existencia ni de su valor despues de las investigaciones llevadas a cabo por el professor Altamira <sup>1)</sup>.

Finalmente, nosotros, podemos hacer constar también la existencia de otro proyecto de recopilación según diversos testimonios encontrados en la Biblioteca Real de Madrid, en la Biblioteca de la Sociedad Económica de Amigos del País de Sevilla y en los Archivos Nacionales de Paris. El autor de este proyecto no ostenta un nombre tan brillante en la historia de nuestra historiografía como los de Ovando, Solorzano o Pinelo; pero todo hace suponer que su labor fué acaso la más acabada y quizás la que más directamente influyó en la recopilación que al cabo obtuvo la sanción real.

III. — *Un nuevo proyecto de recopilación: la labor del licenciado Zorrilla.* — En la Biblioteca de la Real Sociedad Económica de Amigos del País de la ciudad de Sevilla se encuentra un interesantísimo ejemplar de la Recopilación de leyes de Indias de 1680 que hubo de pertenecer al culto investigador Don Manuel Josef de Ayala y que se halla avalorado por abundantísimas notas marginales en las cuales se hace la historia de las más de las leyes y se suministran muy importantes noticias bibliográficas. Pues bien, en una de estas notas manuscritas, la puesta por Ayala a la ley preliminar de la Recopilación se habla de la existencia de un proyecto de recopilación de nuestra legislación de Indias hecho por el Licenciado Zorrilla, oidor que fué en la Audiencia de Quito. No se dan en esta nota más detalles pero se remite a los que quieran ampliar estas noticias al tomo 32, folio 232 en el párrafo *Gobierno* de la Miscelánea formada por el propio don Manuel Josef de Ayala, interesantísima colección de diversos asuntos referentes a Indias que como el ejemplar de la Recopilación antes nombrado el historiador don Antonio Maria Fabié la daba como perdida y que nosotros hemos tenido la fortuna de consultar en la Biblioteca Real de Madrid <sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> El art. antes citado se publicó primeramente en los trabajos del último Congreso internacional de Americanistas, celebrado en Washington.

<sup>2)</sup> Véase nuestro folleto titulado „Don Manuel Josef de Ayala y la Historia de nuestra legislación de Indias.”



En esta Miscelánea y en una relación titulada „Avisos Sumarios, Politicos y Guvernativos con una Descripción del R<sup>no</sup> del Perú, tierra firme y otras Provincias, que Dn. Melchor Castro Macedo, Contador de Resultas en la mayor de Cuentas Dió A Dn. Juan de Acuña, Presidente del Consexo de Indias. Año de 1... Para su instrucción y Gobierno”, se halla inserta la noticia de referencia que literalmente transcribimos. Dice así: „En los negocios de gobierno tiene el Consejo muy grande ocupación, y trabajo, porque casi todas las causas que vienen son de esta materia así Eclesiásticas, como Seglares, sobre que todos escriben infinitamente y se gasta mucho tiempo en ver tantas Cartas, y en proveer de remedio con tan singular cuidado, con tantas Cédulas, Provisiones, y Ordenanzas que por ser tantas ha causado contradición. Con lo qual el Consejo ha pretendido hacer una Recopilación, a la traza que en Castilla, de las leyes: Y aunque lo comenzó Diego de Encinas, y se imprimieron quatro libros, despues acá lo ha hecho con más consideración e inteligencia y estudio el Licenciado Zorrilla oidor de Quito por mandado del Consejo, y habiendose visto y apurado, y acrisolado por los Consejeros Comisarios, y estando dispuesto para acabarse, y imprimirse se ha puesto en al Archivo del Consejo, y convendrá al buen gobierno de las Indias y a escusar pleitos que salga esta obra a luz.” Vamos, pues, ampliando las noticias sobre este otro interesante proyecto de recopilación que, como los de Ovando y Solórzano fueron cuidadosamente ocultados por Antonio de León Pinelo, quizás por ignorancia pero acaso más probablemente por malicia para aumentar así el mérito de su obra. Ya sabemos que se trata no de un simple trabajo de un particular sino de un verdadero proyecto de recopilación hecho por encargo del Supremo Consejo de las Indias, visto y aprobado por los Consejeros Comisarios y en situación de ser sancionado e impreso. ¿Por qué no llegó a madurar definitivamente esta obra? ¿Cuál pudo ser la relación existente entre este proyecto del licenciado Zorrilla y el texto de la Recopilación sancionada en 1680? . . . . Solo el exámen de su original, posible quizás el día que se hayan inventariado todos los papeles procedentes del antiguo Archivo del Consejo de Indias permitirá resolver este interesante problema.

Acabemos ahora con la exposición de todos los testimonios que



hemos encontrado y que nos suministran detalles sobre este proyecto de recopilación hasta hoy olvidado por los historiadores. El último que de momento podemos ofrecer es del propio licenciado Diego Zorrilla, Oydor de Quito y se trata de un „Discurso sobre salario de Juez ausente” que puede consultarse en los Archivos Nacionales de Paris donde se encuentra registrado con la siguiente signatura: „Collection Tiran” A. B. XIX 577.

En este Discurso declara Zorrilla que fué retenido en España a las ordenes de D. Rodrigo Aguiar por mandato del Consejo para que „quedasse sirviendo en él en la obra del libro de la recopilación de las leyes de las Indias, que por su orden y mandado començo días ha, y tiene acabado”. Con este motivo pide dos cosas: gozar del salario y antigüedad de su plaza desde el día del mandato, y que mientras estuviere en España se le pague el salario en la Corte. Para justificar su pretensión habla del trabajo que su destino aquí le supone y dice . . . „se ha de asistir al Consejo tres horas por la mañana, y otras tres y más a las tardes en casa del señor semanero, o quando, y como su merced fuere servido, a corregir y reconocer las leyes con las cédulas originales de donde se sacaron, como hasta aquí se ha hecho en casa del señor don Rodrigo de Aguiar, y para cada corrección destas se han de llevar todos los días diez, doce, y veinte libros de las secretarias del Consejo” . . . „y todas las vezes que su Excelencia del Conde quisiere, con uno de los señores del Consejo entender en limar las palabras y leguaje de las leyes que tuviere necesidad dello (como lo ha propuesto, y se ha ofrecido ha hacerlo) se ha de acudir a su casa a escribirlo, y a lo que más ordenare, y despues lo que restare del día, si sobrare algo del, o a la noche, o a las siestas se ha de componer y ordenar lo que el Consejo huviere alterado, corregido, enmendado, o dispuesto de nuevo”. Y luego añade: „La tercera causa que se ofrece, son seys años continos de ocupación y trabajo que el Licenciado Zorrilla ha tenido en esta obra de la Recopilación de las leyes de las Indias: porque desde el año de 1602 ha q̄ entiende en ella aviendo visto en el discurso deste tiempo, letra por letra todos los 375 libros de cédulas que ay en las secretarias del Consejo, que tienen al pié de dozientas mil hojas, de donde ha recopilado todas las leyes, cédulas, ordenanças, capítulos de carta, que tienen disposición de



ley, que se han despachado en el Consejo despues que se descubrieron las Indias" . . . „Pues con aver desde primero de Abril, de 1556 que ha cinquenta y tres años que se despacharon cédulas para todas las Audiencias de las Indias, mandandoles que cada una recopilase las que tenía, y las embiase al Consejo, como cōsta por las q̄ están en el libro de Nueva españa, d 1555. fo. 90. y averlo despues acá mādado otras muchas vezes, y ser uno de los capítulos de las instrucciones ordinarias de los Virreyes de la del Pirú, cap. 14. y del de la Nueva españa, cap. 35. q̄ están en el lib. 1. de las cédulas, pag. 311 y 333 ninguno de todos los Virreyes, que hasta aquí ha auido, ni ninguna de las once Audiencias que ay se sabe que lo aya hecho, ni aun ossado intentar recopilar las de su distrito, quanto y más las de las otras diez, y todas quantas se han despachado para la casa de la contratación, juzgados de Cádiz, y Canarias, y para todos los Virreyes, Governadores, Obispos y otros Perlados y oficiales Reales que ay, y ha auido en las Indias despues que se descubrieron como el Licenciado Zorrilla mediante el favor divino, lo ha hecho cumpliendo con esto lo que ha tantos años que el Consejo desea" . . .

Quedan con esto agotadas todas las noticias que hoy poseemos sobre este interesante proyecto de Recopilación del Licenciado Zorrilla. Son ellas lo suficientemente explícitas para mostrar la desconfianza con que deben ser acogidas las expuestas por Antonio de León Pinelo sobre este particular; pero no bastan para intentar la historia del proceso de formación que hubo de seguir la Recopilación de leyes de Indias de 1680. Hasta que no puedan ser consultados los originales de los proyectos elaborados por Ovando, Solorzano y Zorrilla, seguirá en pié el problema de determinar la verdadera relación que guardan estos proyectos con el de Antonio de León Pinelo y con el que hubo de merecer en 1680 la sanción del Monarca; y lo que es más lamentable, subsistirán las dificultades que hoy existen — a pesar de la aportación tan valiosa de Don Manuel Josef de Ayala — para intentar una verdadera edición critica del cuerpo legal más importante que hubo de presidir el proceso de nuestra acción colonizadora en América.



## COMPTE-RENDUS CRITIQUES.

---

*Histoire littéraire de la France (Académie des Inscriptions et Belles Lettres) tome XXXV, (suite du quatorzième siècle) Paris. Imprimerie nationale MDCCCXXI.*

Le volume XXXV de l'*Histoire littéraire de la France* vient de paraître et il intéresse trop les historiens et les juristes pour que nous omettions de le signaler. On sait que la précieuse collection de l'*Histoire littéraire de la France*, commencée par les Bénédictins de la congrégation de St. Maur au XVIII<sup>e</sup> s, a été continuée au XIX<sup>e</sup> par l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres. Elle en est arrivée seulement à l'étude du XIV<sup>e</sup> s. On peut se faire une idée de l'ampleur du travail, en remarquant que le XXXV<sup>e</sup> volume de la collection, celui dont nous voulons parler, est le XI<sup>e</sup> qui ait été consacré à ce XIV<sup>e</sup> s. et qu'il n'épuise que les écrivains morts entre 1320 et 1340. On espère que le XXXVI<sup>e</sup> volume mènera le lecteur jusqu'en 1350.

Le XXXV<sup>e</sup> volume est dû à la collaboration de Mrs. Paul Viollet, Antoine Thomas, Henri Omont, Paul Fournier et Charles Victor Langlois.

Il débute par une étude posthume due à Paul Viollet sur Guillaume Durant le Jeune, évêque de Mende, le neveu du Speculator, qui lui succéda en 1296 sur le siège épiscopal. Guillaume Durant le Jeune ne fut rien moins qu'un spéculatif. „Sa vie agitée, tourmentée, son âme ardente et passionnée, son génie des affaires et de la diplomatie” ne lui ont permis d'écrire que des récits de voyage, comme les „actes relatifs à sa mission en Italie”, des projets de réforme générale de l'Eglise comme le „Tractatus de modo celebrandi concilii”, un „mémoire sur les préparatifs de la croisade” projetée au temps de Philippe le Bel, ou encore une „enquête en vue de la canonisation de St. Thomas de Canteloup”, évêque



de Hereford et des additions aux „*Instructions et constitutions du Speculator*” où se déversent, avec leur fougue ordinaire, l’horreur que l’usure inspire à l’auteur et le désir de voir réformer les procédés insuffisants de publication des décisions de l’autorité ecclésiastique. Toutes ces œuvres sont hâtives et confuses, plutôt de simples notes jetées en courant par un penseur toujours en action ou un moraliste combatif qui prend les choses de loin et de haut. Le regretté Paul Viollet s’est justement attaché à dépeindre l’homme plus que l’œuvre, en le suivant pas à pas dans toute sa carrière, soit dans son diocèse aux prises avec une féodalité turbulente, soit auprès de Philippe le Bel avec lequel il vécut dans les meilleurs termes, soit au cours du procès des Templiers auquel il fut directement mêlé, soit en Italie où commence à se former son opinion, sur les empiètements fâcheux de la papauté, qu’il devait traduire avec âpreté et violence dans ses projets postérieurs de réforme. C’est au fond le personnage surtout qu’il est intéressant de voir vivre et par là le beau travail de Paul Viollet appartient plus à l’histoire générale qu’à l’histoire du droit et des institutions.

Il en est tout autrement des quatre études dues à M. Paul Fournier et qui s’appliquent à deux légistes : Guillaume du Cun et Jean Faure et à deux canonistes : Jesselin de Cassagnes et Guillaume de Montlauzun. Les historiens du droit y trouveront une riche moisson d’observations, tant sur les œuvres mêmes que sur le milieu doctrinal où elles ont été produites et sur le retentissement pratique qu’elles ont eu. Toutes les quatre se caractérisent par une très solide et très abondante documentation, une concision et une fermeté rare de pensée et une belle rigueur de composition, en même temps qu’elles accroissent de nombreux apports nos connaissances antérieures. Il est visible que ces quatre personnages ont eu entre eux bien des points communs, dont l’examen permettrait de dégager la physionomie de ce premier quart du XIV<sup>e</sup> s. Ils appartiennent tous à la France méridionale, puisque Jesselin de Cassagne et Guillaume de Montlauzun sont probablement originaires du Quercy, tandis que Guillaume du Cun est né en Albigeois (Rabastens) et Jean Faure en Angoumois. De même pays, de même époque, ils ont fréquenté les mêmes écoles, surtout celle de Toulouse dont l’autorité rayonne au XIV<sup>e</sup> s. dans tout le Midi. C’est là qu’ont enseigné Guillaume du Cun, le légiste, et Guillaume



de Montlauzun, le canoniste, en compagnie de Jean Laurent, de Pierre Nadal, G. Honuti, Guillaume de Durfort, Armand de Narsès, Bertrand de Montfavet, Pierre des Prés, Pierre Teissier, Bertrand de St. Geniès. Les civilistes de Toulouse connaissent bien les glossateurs italiens et les estiment, mais ils sont loin, comme ceux d'Orléans, de préférer la glose au texte. Leur dialectique très avisée et leur sens pratique robuste les poussent dans la voie qu'ont ouverte Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche. Elle mène à l'application raisonnable des lois romaines, à l'utilisation des catégories romaines pour donner aux usages pratiques une consistance et une organisation rationnelle qu'ils n'avaient pas auparavant. D'ailleurs, en ce XIV<sup>e</sup> s., la faveur va plutôt aux études canoniques qui l'emportent aussi bien sur le droit civil que sur la théologie. Guillaume de Montlauzun cite l'exemple d'une trentaine de légistes venus d'Orléans à Toulouse, qui abandonnaient le droit civil pour le droit canonique, dans l'espoir d'obtenir rapidement des prébendes. Et le „sacramentale” du même Guillaume de Montlauzun a pour but d'enseigner aux canonistes ce qu'il leur est indispensable de connaître de théologie, car ils délaissent trop cette étude. Aussi bien le droit canonique a-t-il bénéficié à la fois de l'éclat de l'école romaniste de Bologne, à laquelle il a emprunté ses méthodes et souvent son personnel, et du prestige dont jouissent les sciences ecclésiastiques. Son autorité s'accroît en même temps que se succèdent rapidement les collections de décrétales par lesquelles la papauté affirme son pouvoir et aussi à mesure que la surveillance des intérêts temporels de l'Eglise exige davantage sa connaissance. Il est même mêlé aux grandes querelles qui agitent à cette époque l'âme chrétienne, comme cette fameuse question de la pauvreté du Christ et des apôtres que tranche la décrétale de Jean XXII.

Dans ce milieu commun, chacun des quatre juristes apparaît avec sa physionomie propre et nettement caractérisée. C'est d'abord Jesselin de Cassagnes, docteur utriusque juris, qui enseigne le droit canon à Montpellier en 1317, fougueux papiste qui, à Montpellier, se laisse enlever de l'auditoire de l'évêque par le lieutenant du sénéchal de Beaucaire, ce dont d'ailleurs il obtient réparation par arrêt du 9 juin 1318. Obligé de quitter Montpellier, il enseigne peut être à Avignon où il devient auditeur du palais apostolique.



Doté par Jean XXII de prébendes successives aux diocèses de Béziers et de Bourges, il n'arrive pourtant jamais à l'épiscopat. C'est probablement pour s'être laissé entraîner à une exaltation excessive du pouvoir papal, en reconnaissant au pape le droit de créer des dogmes nouveaux, en affranchissant son pouvoir même des limites posées par la tradition. Ses ouvrages sont des commentaires sur les plus récents recueils de décrétales (*lectura* sur le *sexte*, de 1317, fruit de son enseignement à Montpellier; commentaire sur les *Clémentines*, composé à Avignon, terminé le 7 septembre 1323 et commentaire sur vingt décrétales de Jean XXII achevé en 1325: c'est d'ailleurs le groupement fait par Jesselin de C. qui a été maintenu et a pris le nom d'„*Extravagantes*”). Dans ce dernier commentaire, se trouve exposée la doctrine de Jesselin sur le pouvoir du pape, doctrine qu'il fut obligé de rétracter.)

De Guillaume du Cun civiliste, l'auteur retrace la carrière de 1314 à 1335. Il étudia peut être à Bologne; on le retrouve en 1314 enseignant à Toulouse, puis quittant cette ville pour de hautes dignités ecclésiastiques, évêque de Bazas en 1319; exécuter des rescrits pontificaux, chargé de 150 missions de cette sorte, de 1318 à 1329; restant, malgré son évêché, agent actif de la cour d'Avignon; évêque de Comminges en 1325; assistant à l'assemblée de 1328, où se heurtent les prétentions rivales des juridictions ecclésiastiques et celles des juridictions royales; siégeant aussi à celle de Vincennes en 1333 et mourant avant la fin de 1335. Les deux *lecturae* de Guillaume du Cun sur le *Digestum Vetus* et sur le *Code* sont fort instructives, non seulement pour la doctrine qu'elles contiennent, mais parcequ'elles sont des notes prises avec très grand soin par un étudiant studieux au cours du maître. On n'enseigne pas à Toulouse tout le droit romain, mais seulement les matières qui offrent le plus d'intérêt, surtout au point de vue pratique. C'est ce qui explique l'insistance de la *lectura* sur la *possession* ou sur les *substitutions*. La méthode est d'ailleurs purement analytique, sans aucune synthèse. Mais la dialectique du maître est pleine d'agilité et les raisons qui le déterminent, d'un sens très robuste. Les *lecturae* ont été annotées par Rainerius de Forli dont les observations ont été souvent confondues dans le texte de Guillaume de Cun. Rainerius a été le maître de Bartole et c'est probablement par lui que Bartole a été mis en commu-



nication avec Guillaume. Il est d'ailleurs difficile d'expliquer l'origine des relations entre Guillaume du Cun et Rainerius.

Guillaume de Montlauzun, canoniste comme Jesselin de Cassagne, est presque son antithèse vivante. Esprit modéré plus qu'ardent, bien équilibré, enclin à tenir compte des faits pour tempérer les doctrines et pourtant soucieux de ranger ses solutions de détail sous la règle d'une idée générale; qui, s'il ne se prive pas de savoureuses observations sur le danger du cumul des bénéfices, sur la grande pitié des „brebis tondues", reste pourtant sans sympathie pour les ordres mendiants et n'est favorable qu'avec grande mesure à la juridiction ecclésiastique. Dans une première partie de sa vie, il voyagea, fréquenta les écoles de Paris, fit profession religieuse dans l'ordre de Cluny et enseigna à Toulouse. J'ai dit plus haut ce qu'était à ce moment le milieu très vivant de cette Université. C'est durant cette période qu'il écrivit sa *lectura* sur le Sexte, composée entre 1306 et 1314, qui eut peu de retentissement et surtout son *apparatus* sur les Clémentines et les Extravagantes de Jean XXII qui date de 1319, bien plus connu et plus original et qui a précédé chronologiquement celui de Jesselin de Cassagne. Le commentaire sur les Extravagantes fut introduit au XVI<sup>e</sup> s. par Chappuis dans le Corpus juris canonici. C'est en 1319 que fut close cette première partie de sa vie, lorsqu'il fut nommé abbé de Montierneuf, près de Poitiers. Désormais il se consacra tout entier à la restauration de la vie régulière et de la prospérité de son monastère. Pendant vingt années, il interrompit ses travaux canoniques et ne les reprit qu'en 1341 à l'occasion de la décrétale de 1339, complétée par la bulle de 1340, qui réforme les anciens bénédictins et l'ordre de Cluny: il mourut le 2 janvier 1343. En dehors de ses écrits canoniques, il avait composé en 1327 un autre ouvrage qui contribua peut-être plus à sa renommée que ses écrits purement scientifiques, le *Sacramentale*, petit manuel de théologie pratique à l'usage des étudiants en droit canonique, dont l'ignorance en théologie l'avait frappé.

Le dernier des quatre juristes, Jean Faure (Johannes Faber) est assez différent des trois autres. Il n'appartient pas, comme les trois précédents, à l'Eglise; il fut avocat ou sénéchal de diverses baronnies d'Angoumois. Bien qu'on ait pu soutenir le contraire,



il n'a jamais enseigné. Aussi bien son esprit précis et robuste est-il avant tout soucieux de solutions tranchées et nettes; il écarte les subtilités inutiles, s'attache au texte de Justinien plus qu'à la glose et, en cas de controverses, se range volontiers à la *communis opinio*, celle qui réserve le moins de surprises au praticien. Avec cela, il a su s'acquérir une culture juridique très étendue et profonde: il connaît, en dehors du Corpus juris civilis et des Libri feudorum, les Bolonais, dont il cite la méthode avec éloges, Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche auxquels il se rattache plus volontiers et beaucoup d'auteurs non juridiques. Les citations de Bartole, qu'on rencontre dans beaucoup d'éditions de ses œuvres, sont interpolées: il est à croire qu'il a ignoré le maître italien, à peine son contemporain. Nous possédons de lui deux écrits: le Breviarium et la Commentaire sur les Institutes. Le premier est postérieur à 1317 et antérieur au second; celui-ci se place entre 1335 et 1340, date approximative de la mort de l'auteur. C'est surtout ce dernier ouvrage dont l'étude peut être fructueuse. Malgré sa qualité de praticien, Jean Faure est surtout entraîné vers la synthèse. En droit privé, il a beaucoup contribué à la systématisation complète du droit féodal au moyen des cadres romains; il sait tirer parti des analogies qui lui permettent de rapprocher le contrat par lettres de la stipulation romaine, le bail à cens de l'emphytéose, la communauté taise des sociétés romaines, l'investiture féodale de la tradition, tout en dégageant les traits particuliers qui les en séparent. En droit public, il reconnaît au pape les deux glaives, comme les canonistes, et en déduit le droit pour la papauté de déposer les rois, tout en affirmant que la souveraineté est conférée par le peuple. Peut être à cause de cette forte et fine raison, l'autorité de Jean Faure a été très grande parmi les jurisconsultes.

Les résultats auxquels est arrivé M. Paul Fournier dans ces quatre remarquables études sont très supérieurs à ceux que l'histoire du droit avait pu dégager avant lui. Il suffit, pour se rendre compte du progrès accompli, de comparer à ces copieuses notices si concises et si pleines, les quelques pages ou les quelques lignes qu'ont consacrées à ces juristes tant Savigny dans son histoire du droit romain au Moyen-Âge que Schulte dans son histoire des sources du droit canonique. Sans doute P. F. a profité de quelques mo-



nographies postérieures à ces deux grand ouvrages comme celles d'Emond Cabié et de Brando Brandi sur Guillaume du Cun, celle du chanoine Albe sur Montlauzun ou enfin celle d'Henri Léridon sur Jean Faure. Mais la plus grande partie des suggestions nouvelles de l'auteur, dont beaucoup tout à fait heureuses, sont issues autant d'une étude singulièrement aiguisée des œuvres doctrinales anciennes que d'un dépouillement complet et fructueux des lettres des papes, notamment des lettres communes de Jean XXII, publiées par J. Mollat.

Il me reste enfin, pour avoir signalé aux historiens du droit tout ce qu'ils doivent savoir de ce beau volume, à ajouter qu'il se termine, selon la coutume inaugurée par Paul Meyer au XXXIII<sup>e</sup> volume, par des notices succinctes sur Nicolas d'Ennezat, canoniste auvergnat; Simon Vairret, chanoine de St. Quentin qui enseigna le droit civil et le droit canonique à Paris et mourut vers 1347; sur le Coutumier d'Artois; la *Compilatio de usibus et consuetudinibus Andegavice* et Hugues de Carols, auteur d'une *lectura* sur *l'arbor actionum* de Johannes Bassianus. Ces notes sont encore dues à M. Paul Fournier ainsi que quelques indications sur un précieux mémoire rédigé sous Guillaume Durant le jeune à l'occasion de la querelle entre le roi de France et l'évêque de Mende, où est amplement et solidement discutée la question de l'origine et de la nature de la souveraineté de l'évêque et du roi en Gévaudan.

ED. MEYNIAL.

*Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, par OLIVIER MARTIN, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Rennes, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Paris. Tome I. Paris. Ernest Leroux 1922. (*Bibliothèque de l'Institut d'histoire, de géographie et d'Economie rurales de la ville de Paris.*)

Le bel ouvrage, dont j'annonce ici le premier volume à nos lecteurs, est issu d'un concours proposé par l'Académie des sciences morales et politiques en 1909 puis prorogé jusqu'en 1912 en vue de l'attribution du prix Odilon Barrot. L'Académie demandait „l'histoire d'une coutume générale ou d'un groupe de coutumes



locales". Elle se déclara pleinement satisfaite par le mémoire de Mr. OLIVIER MARTIN puisqu'elle lui decerna le prix tout entier. L'impression du mémoire commencée en 1914 fut interrompue pendant la guerre et les deux années qui suivirent la paix. Mr. OLIVIER MARTIN avait comme préludé à ce grand travail par de nombreuses publications relatives à la coutume de Paris (Un coustumier de Chastellet inédit de la fin du XVe s. 1907 — Glanes de dr. coutum. parisien 1914 — Sentences civiles du Châtelet de Paris (1395—1505, 1913—1914) — Des fiez à l'usage de France. 1919—1920.)

Tous ceux qui s'intéressent à l'histoire du droit français seront unanimes à louer l'initiative de l'Académie. Si singulier que cela puisse paraître en un pays où le droit coutumier a joué un rôle prépondérant, on peut dire en effet que presque aucune de nos grandes coutumes régionales n'a encore fait l'objet d'un travail complet qui relate l'histoire externe de sa formation et de son développement et qui, par une recherche attentive, dégage l'esprit et les tendances internes qui ont commandé ses solutions. En dehors des commentaires auxquels presque toutes ces coutumes ont donné lieu sous la pression des besoins de la pratique au cours des XVIe, XVIIe et XVIIIe siècles; en dehors des recherches plus générales et déjà anciennes de Klimrath ou de Warnkœnig, les coutumes n'ont guère suscité chez nous au cours du XIXe s. que de précieuses publications de textes, accompagnées de recherches fragmentaires sur telle période de l'histoire coutumière, sur l'aire géographique de telle coutume donnée, sur sa parenté avec les textes coutumiers voisins de même époque ou sur une institution particulière à telle coutume. Souvent même nos historiens provinciaux du droit se sont plutôt attachés aux interventions législatives des chefs des grandes unités provinciales (ordonnances des ducs de Bourgogne ou de Bretagne) ou aux œuvres doctrinales et privées écloses dans chaque grande région, plus portées à rapprocher les usages de la province d'une sorte de droit commun général que les écoles s'efforcent de constituer, qu'à en faire ressortir les particularités nées du sol même de la province. La coutume a été souvent négligée dans sa physionomie propre et comme dans sa personnalité. Et pourtant rien ne serait plus utile pour bien juger dans leurs raisons profondes des traits



qui caractérisent notre droit coutumier français que de posséder, sur chaque grande unité coutumière, une monographie complète relatant, en fonction des nécessités géographiques, économiques ou sociales d'une région et aussi des péripéties de son histoire locale, les formes variées sous lesquelles se sont traduits les besoins communs de l'âme et du cœur du pays de France. Combien plus frappantes apparaîtraient à travers les divergences de forme ou de contour, combien ressortiraient en plus pleine lumière les qualités essentielles de pondération et de mesure, l'esprit d'ordre et de tradition et aussi le sens aigu de justice et d'égalité, le souci primordial de paix et de stabilité de la famille, de protection des faibles, de pitié pour le malheureux qui gouvernent notre droit privé! c'est dans cette voie que l'Académie s'efforçait de diriger l'effort des chercheurs. Et c'est aussi en ce sens que l'étude de Mr. O. M. mériterait d'être suivie de beaucoup d'autres qui en amplifieraient les résultats.

Mr. O. M. avait le choix de la coutume à étudier. Il a choisi la coutume de la prévôté et vicomté de Paris et je suis bien tenté de dire qu'il y a eu quelque mérite. Sans doute, parmi toutes nos coutumes, c'est celle qui a exercé chez nous la plus profonde influence; celle qui a été, durant les trois derniers siècles de la monarchie le plus abondamment commentée; celle qui a servi de base aux plus nombreuses tentatives doctrinales ou même jurisprudentielles d'unification coutumière, préludes de l'œuvre des rédacteurs du Code Civil (Loysel, de Lamoignon, Bourjon etc.). C'est donc celle dont la connaissance détaillée offre l'intérêt historique le plus grand et dont l'étude attire le plus par l'importance de ses résultats. Mais c'est aussi parmi nos grandes coutumes, celle dont la naissance, la formation et le développement sont le plus difficiles à suivre et à caractériser, au moins dans la longue période qui précède la rédaction du XVI<sup>e</sup> s.; celle encore dont les traits personnels sont le moins affirmés, le plus adoucis, le plus nuancés. Qu'on songe par exemple qu'au cours du XIII<sup>e</sup> s. tandis que la science juridique a vu éclore pour d'autres provinces les coutumes de Beauvaisis de Beaumanoir, le livre de Jostice et de plaids ou les Etablissements de St. Louis pour l'Orléanais et l'Anjou, le très ancien et l'ancien coutumier de Normandie et bien d'autres, la région parisienne ne peut citer



que les Constitutions du Châtelet qui n'ont presque exercé aucune influence et les Sentences du parloir aux Bourgeois, consultations officieuses données, sur des cas particuliers, par la juridiction arbitrale de la municipalité parisienne; qu'on réfléchisse qu'à la fin du XIV<sup>e</sup> s. la même région parisienne ne peut mettre, en face de l'œuvre d'un Jean Bouteiller par exemple, que la compilation sans valeur personnelle de Jacques d'Ableige, sorte de manuel de procédure pratique; et que jusqu'à la rédaction de 1510 elle ne nous a laissé que des „*notables*” comme les décisions de Jean des Marès ou des „*styles*” de procédure et on conviendra de la pauvreté de la pensée juridique dans cette région. Et de même, qu'on place en face de la vie médiocre, uniforme, un peu terne et sans caractère affirmé de la région parisienne ou bien la centralisation rude et brutale de la Normandie autour de son duc, avec sa population un peu dure, avisée, pratique, habile au gainage, d'habitudes plantureuses; ou bien l'allure pieuse, douce, secourable et lointaine de la coutume de Bretagne; ou encore la robuste indépendance bourguignonne, pleine de hardiesse et de bonne humeur, mobile, individuelle et pourtant soucieuse de sa tradition foncière dans la partie montagneuse; ou même l'altière noblesse angevine qui saura si longtemps maintenir intacts les principes féodaux et la hiérarchie sociale, et on devra avouer que dans l'ensemble si varié des diverses régions françaises la région parisienne manque un peu de couleur. En face de ces pays de plus forte individualité, la physionomie de la coutume de Paris ne se dévoile qu'à une étude plus attentive et plus pénétrante. De ses traits plus effacés, plus adoucis, reflet sans éclat de la vie régulière et bien assise, de l'ascension et de l'enrichissement continus d'une classe moyenne persévérante, Mr. O. M. indique ça et là quelques raisons. Le ressort de la Coutume de Paris ne constitue pas une unité géographique dont les nécessités aient pu marquer fortement tous ses habitants; il ne correspond pas davantage à une unité ethnique. Ses habitants sont peut être de race plus mêlée qu'ailleurs, à cause de l'attrait qu'exerce la grande ville sur tout le pays. Enfin il est même resté durant de longs siècles sans unité administrative, soumis à des souverainetés très variées, qui devaient plutôt tendre à dissocier les usages des populations voisines. C'est pour cela qu'il est si difficile de fixer autour des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup>



siècles le domaine géographique des „us et coutumes de France”, „consuetudines Franciæ”. Ajoutez que, dans toute cette région, la vie locale a été subordonnée, comme confondue dans la vie nationale et n’a pas pu prendre d’elle-même une conscience qui s’acquiert surtout quand elle s’oppose à d’autres; et que ses usages n’ont pas eu la bonne fortune de rencontrer de bonne heure un commentateur de robuste personnalité qui les eut fixés et affirmés. Ils ne l’ont trouvé qu’au XVI<sup>e</sup> s. en la personne de Dumoulin, dont d’ailleurs on ne saurait exagérer l’influence bienfaisante. C’est peut être d’ailleurs, autant qu’à la prépondérance politique du centre parisien, à ces caractères plus calmes, plus transactionnels, plus nuancés et plus affinés que la Coutume de Paris a dû l’honneur de servir, dans notre droit français, de terrain de rencontre aux penchants souvent divergents de régions douées d’une plus forte individualité.

C’est cette coutume dont Mr. O. M. s’est proposé de nous retracer l’histoire et de dégager dans le détail l’esprit, les caractères et les solutions. Il va de soi que s’attachant à cette „personne” coutumière, il ne l’a prise qu’à sa naissance, quand commence chez nous, à la fin du X<sup>e</sup> et au cours du XI<sup>e</sup> s., la période de reconstruction féodale; il a négligé et à bon droit toute la période mérovingienne et carolingienne, où la prédominance du régime de la personnalité des lois s’oppose à la formation d’unités coutumières territoriales. Mais, depuis ce XI<sup>e</sup> s., il la suit jusqu’à sa disparition à l’avènement de notre Code Civil de 1804. En suivant sa même conception, il ne se propose d’étudier que ce qu’a gouverné la coutume. Ainsi il laisse de côté les institutions comme le mariage, qui ont été réglées par le droit canonique ou les ordonnances; comme les obligations qui, sauf en ce qui touche aux voies d’exécution, sont restées soumises au droit romain; ou enfin celles qui, comme les substitutions, les institutions contractuelles, les partages d’ascendants, sont plutôt réglementées par le droit royal ou la jurisprudence. Pour l’exploration de ce très vaste domaine, l’auteur a fort sagement limité les documents auxquels il se proposait d’avoir recours. Il a écarté de parti pris les documents proprement historiques à cause du danger qu’offre leur interprétation au point de vue juridique, de leur manque habituel de précision et de la difficulté qu’on éprouve à situer exactement leurs renseignements.



D'ailleurs les documents juridiques tant doctrinaux que pratiques abondent. Ils sont même si nombreux que l'auteur s'est borné à l'étude des textes déjà publiés. Non pas qu'il ignore les autres : il sait parfois mieux que personne les signaler et les travailleurs trouveront dans les notes de l'ouvrage de très précieuses indications sur l'inédit. Mais Mr. O. M. a cru, eu égard à l'énormité des ressources qu'offrent nos dépôts, ne pas pouvoir en faire un dépouillement complet et a préféré n'en pas faire état, sans pourtant s'interdire à l'occasion d'y recourir.

Voilà ce que l'auteur a voulu étudier et quelles ressources documentaires il a utilisées. Dans l'exécution de son projet il est visible qu'il a voulu, par dessus tout, s'attacher à l'analyse des institutions mêmes de la Coutume et à l'histoire interne de leur développement. C'est ce qui constituera la partie capitale de son œuvre, les 4/5 de sa publication. Elle est répartie en six livres sur la condition des personnes ; le régime des biens ; la propriété et les droits réels ; le droit des gens mariés ; les successions, donations et testaments ; et enfin les obligations et les voies d'exécution. Le premier volume qui nous est offert aujourd'hui ne comprend que les deux premiers livres sur la condition des personnes et le régime des biens. Mais l'auteur a bien senti que cet examen exigeait auparavant un exposé complet et détaillé de l'histoire externe de la formation de la coutume et de ses sources et il a placé cet exposé dans une copieuse introduction générale dont il faut parler avant d'en venir au corps même de l'ouvrage.

L'introduction expose en deux chapitres distincts le cadre historique et géographique de la Coutume et les sources du droit parisien.

Comme partout ailleurs, la coutume n'a commencé à jouer son rôle régulateur et de protection individuelle qu'à mesure que les progrès de la classe inférieure ont permis d'abord de limiter l'arbitraire du maître et les redevances qu'il réclame et à mesure aussi que, plus tard, l'affranchissement des serfs et l'aliénabilité des tenures ont appelé terres et gens à la liberté, c'est à dire à la vie juridique et à la conscience de leur droit et ont amplifié la portée et la fréquence d'application de la règle de droit par la multiplication des transactions. L'auteur a su fixer avec beaucoup de délicatesse les étapes de ce progrès dans la région parisienne.

Tandis qu'au XI<sup>e</sup> s. le terme même de Coutume ne désigne



encore que les redevances exigées par la classe militaire dont les anciennes, celles que l'opinion commune juge légitimes, qui s'opposent aux nouvelles (*malæ consuetudines*), exactions nées souvent du désordre des guerres privées, au XIII<sup>e</sup> s. le sens du mot s'élargit. La soumission, par le roi, des châtelains les plus turbulents, la surveillance par lui de ses propres agents, la concession de chartes comme celle de Lorris, en ramenant la sécurité dans les campagnes, ont provoqué les défrichements en même temps que s'est développée l'hostise rurale, ont accru l'empire de la règle sur les rapports économiques et le domaine de la coutume. En même temps le réveil du commerce et de l'industrie qu'ont suscité les croisades, l'enrichissement de la classe ouvrière dans les villes qui s'en est suivi poussent à l'agrandissement de Paris, à l'allotissement du marais de l'Eglise St<sup>e</sup> Opportune, des abords de l'abbaye de St Germain l'Auxerrois et des hostises de St<sup>e</sup> Geneviève. Mais c'est au XIII<sup>e</sup> s. surtout que la coutume s'épanouit, à la suite de l'affranchissement presque universel de la classe servile et aussi de l'aliénabilité, avec ou sans réserves, des tenures.

En même temps que s'élargit ainsi le domaine intérieur d'application de la coutume, se fixe et se précise, lentement d'ailleurs, son ressort géographique. Pendant longtemps, il n'est mention que des „us et coutumes de France”, sans que ce terme s'applique ni à l'ancienne Francia mérovingienne bien plus étendue; ni à celle plus réduite du XIII<sup>e</sup> s.; ni même à ce qu'on entend sous ce terme après les Carolingiens, comprenant le domaine capétien de Bourges à Senlis, par Orléans et Paris. C'est une unité coutumière sans limites arrêtées, comprise à peu près entre la Champagne, le Valois, le Beauvoisis, le Vexin français, Montfort l'Amaury Dreux et le pays Chartrain, Etampes et l'Orléanais et enfin le Gâtinais. D'ailleurs la communauté d'usages se réduit peut être encore aux modalités d'inféodation. Puis aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> s., de cette masse encore fluide, émergent les „coutumes de la vicomté et prévôté de Paris”, domaine féodal direct du roi, où s'insèrent les terres de nombreux grands propriétaires laïques ou ecclésiastiques, morcelées en chatellenies, elles-mêmes découpées en forteresses ou fiefs, soumises les unes et les autres à des juridictions domaniales différentes. Ces seigneuries suivent déjà les mêmes coutumes. Le ressort de ces usages communs se précise, se con-



solide et se limite, à mesure que se forme la circonscription administrative de la prévôté qui succède à la vicomté et prend peu à peu autorité de bailliage : au point de vue financier dès St. Louis et sous Philippe le Bel au point de vue judiciaire. Les justices locales du Parisis se subordonnent peu à peu à celles du prévôt qui devient juge d'appel, en même temps que certaines, qui se refusent à cette subordination, sont constituées en unités ou bailliages distincts et autonomes et échappent à l'empire de la coutume de la prévôté elle-même. L'unité coutumière ainsi allégée se fortifie par le jeu même de l'unité judiciaire et s'affirme par l'effort continu et collectif des praticiens du Châtelet de Paris.

Les progrès de cette formation coutumière sont très rapides au XIV<sup>e</sup> s. et se traduisent par l'éclosion de quelques écrits qu'on rappellera plus loin. La crise nationale du XV<sup>e</sup> s. fut plus ressentie dans cette région qu'ailleurs : les campagnes sont abandonnées, les cens avilis ; les insurrections urbaines provoquent l'effondrement de la propriété bâtie. Mais après Charles VII, la prospérité renaît rapidement ; la coutume s'est maintenue unifiée ; son domaine se précise et se fixe définitivement au cours du mouvement de rédaction du XVI<sup>e</sup> s. On sait qu'à partir du XVI<sup>e</sup> s. l'autorité morale de la Coutume de Paris n'a cessé de s'accroître. Si son domaine géographique reste le même, elle en vient pourtant à se superposer en fait aux autres coutumes, si bien qu'aux yeux de bien des juristes elle joue vis à vis d'elles le rôle de droit commun supplétoire. On la transporte même dans les possessions lointaines du roi, en Louisiane et au Canada où elle régnera jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

L'étude des sources qui forme l'objet du second chapitre de l'introduction est, autant que la précédente, pleine d'intéressants aperçus, tant sur les chartes anciennes, seule source dont nous disposions avant le XIII<sup>e</sup> s., que sur les *lettres du Châtelet* des siècles suivants, attributives de juridiction avec obligation générale sur tous les biens du débiteur ; ou que sur les *sentences du Parloir aux Bourgeois* du XIII<sup>e</sup> s. décisions arbitrales ou bien consultations officieuses données par le prévôt de Paris sur les points délicats de la coutume, recueillies par quelque clerc attentif et insérées au hasard des blancs laissés dans une copie des ordonnances de la Prévôté de l'eau. Pour le XIV<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> s. dont l'étude a été renouvelée chez nous dans ces quinze dernières années par une



pléiade de jeunes érudits dont l'auteur est un des principaux, on ne sera pas surpris de trouver, dans le chapitre qui lui est consacré, les renseignements derniers sur les „*styles*” de procédure en usage tant au Parlement qu'au Châtelet, comme celui de du Breuil ou *l'ordre de plaidoyer des Maucreux* ou même le „*Pour montrer*” qui constituent les principales sources du grand coutumier de Charles VI. De même, on ne manquera pas de goûter l'excellente étude consacrée aux recueils de „*notables*” ou „*coutumes notoires*” où l'auteur précise fort heureusement le rôle des divers procédés d'investigation de la coutume devant le prévôt de Paris, allégation d'une coutume notoire ou enquête par turbes. Les préoccupations professionnelles de la pratique expliquent le grand nombre de „*notables*” qu'on a retrouvés à la suite des divers styles, parmi lesquels ont été récemment explorés les „*aliqua de stylo curie*”, les „*notables points de l'usage de France*”, les „*coustumes tenues toutes notoires et jugées au Chastelet de Paris*” ou les pseudo „*décisions de Jean des Mares*”, tous recueils dont l'étude a été récemment renouvelée. La conclusion de cet effort souvent anonyme et collectif des praticiens du XIV<sup>e</sup> s. se trouve dans le recueil le plus considérable de cette époque le Grand coutumier de Jacques d'Ableiges. On trouvera, tant sur les divers manuscrits que nous en possédons et sur leur classement, que sur les caractères mêmes de l'œuvre, sur ses sources et sur son rayonnement, une description d'autant plus complète et une étude d'autant plus profonde que l'auteur a personnellement et largement contribué à l'accroissement de toutes nos connaissances. Il n'y a plus pour en avoir fini avec le XIV<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> s. qu'à signaler les nombreux recueils d'arrêts, dont beaucoup sont d'ailleurs inédits qui se rattachent soit aux justices seigneuriales, soit à la prévôté de Paris.

Au XVI<sup>e</sup> s. l'histoire de la rédaction de la coutume est reprise tout entière par l'auteur, amplifiée et précisée.

L'auteur croit à l'existence dès 1497 d'un projet de rédaction dont nous aurions un fragment dans le „*coustumier du Châtelet*” et à qui n'aurait manqué, pour sa perfection, que l'approbation royale. Du texte définitif de 1510 la préparation commença en 1507. Mr. O. M., en dehors du procès-verbal officiel que nous en possédons, a retrouvé d'intéressants éléments de sa discussion dans



deux manuscrits de la Bibliothèque nationale (B. N. fr. 11710 et 5256). Les commissaires du roi ne demandèrent que peu de modifications au projet, mais en obtinrent pourtant des Etats quelques unes, notamment sur le droit féodal et les successions, que l'auteur n'a pas manqué de relever. On était plus abondamment informé sur la réformation de 1580, accomplie sous la direction de Christophle de Thou et dont une lettre de Pasquier nous entretenait déjà, Pourtant l'auteur a su, ici encore, compléter nos renseignements à l'aide de trois manuscrits passés inaperçus jusqu'à lui (B. N. fr. 5281, 5282, 5284) dont le dernier est dû à Simon Marion, avocat de la noblesse, qui l'écrivit en 1591.

Mr. O. M. n'a pas cru devoir entreprendre l'étude des commentateurs des trois derniers siècles, pas même de Dumoulin. A vrai dire elle ressortira des recherches doctrinales qui constituent le corps de l'ouvrage. Peut-être tout de même regrettera-t-on un peu qu'il n'ait pas cru devoir au moins caractériser les principaux et retracer, ne fut-ce que rapidement, la lutte qui s'engagea aux derniers siècles sur la question du droit commun coutumier où l'histoire de la coutume de Paris est directement intéressée. Les projets de Lamoignon et la jurisprudence ne font de même l'objet que d'une très courte notice.

J'ai hâte d'arriver dans ce compte-rendu déjà bien long, au corps même de l'ouvrage c'est-à-dire aux deux premiers livres sur l'état des personnes et sur la condition des biens.

On aurait tort de chercher ici une étude complète de l'état des personnes dans la région parisienne. Elle eut été impossible du point de vue auquel se place l'auteur. Qu'on réfléchisse en effet que la coutume est fort incomplète à ce sujet, qu'elle ne contient rien sur la condition des personnes, rien sur la puissance paternelle, le régime général de protection des mineurs et la tutelle. Une seule partie de cet ensemble de matières est traitée, la garde noble qui fait l'objet du titre XII de la nouvelle coutume. Mr. O. M. n'a cependant pas cru pouvoir s'en tenir à cette dernière institution, puisque aussi bien le Grand Coutumier de Jacques d'Ableige est moins incomplet. Mais on comprend aisément quelle grande part il a dû faire dans son exposé au droit coutumier général. De sorte que la route suivie louvoie constamment entre deux écueils: le danger, en s'en tenant à



la coutume, de ne donner de la vie coutumière qu'une physionomie déformée tant elle serait incomplète et l'autre danger de ne pas faire saillir, avec assez de relief, dans une étude trop générale les traits propres à la coutume. Quoi d'étonnant à ce que, malgré la grande finesse et la très réelle habileté de l'auteur, on éprouve parfois à sa suite quelque hésitation ou quelque incertitude? De la division des personnes en nobles, roturiers, bourgeois et serfs, je dirai peu de chose, Mr. O. M. ne s'y attardant pas lui-même: on lira avec grand intérêt les renseignements que l'auteur a groupés sur les affranchissements au XIII<sup>e</sup> s. la fréquence des rachats par les serfs eux-mêmes, ainsi que sur l'hostise dans la région parisienne. Il est à regretter qu'un bon travailleur n'ait pas encore pu dresser comme la carte exacte de tout ce mouvement. L'étude de la puissance paternelle et de l'émancipation est assez brève aussi. Oserai-je dire que l'auteur en trace peut-être un tableau un peu rude, où les données germaniques primitives et romaines, plus brutales, étouffent un peu ce que notre tradition a eu de plus doux, de plus affectueux pour l'enfant? C'est tout de même dans la première moitié du XIII<sup>e</sup> qu'Accurse signalait la différence, sur ce point, de notre droit français et du droit romain. Est-il bien exact qu'à la fin du XIII<sup>e</sup> les enfants „ne font pas compagnie avec le survivant de leurs parents (p. 152) alors que Beaumanoir (nos 628 et 644) paraît bien supposer le contraire et n'affirme que les enfants en la mainburnie „n'ont rien" que pour le cas où les deux parents sont vivants (no 640)? Et aussi y a-t-il lieu de négliger ce rôle de surveillance des „amis as enfans", même vis à vis du père ou de la mère, lequel dénote un si touchant souci de protection qui s'allierait mal avec une puissance paternelle absolue? Dans le régime de protection des mineurs, l'auteur, avec grande raison, s'appesantit assez longuement sur la garde-noble et la garde-bourgeoise qui constituent la seule partie réglée par la coutume. Il admet que la garde du fief a dû toujours être une garde familiale dans la région parisienne, sans qu'elle ait traversé, comme en Normandie, la phase de la garde seigneuriale. Mais elle a eu, à l'origine et jusqu'à la rédaction des coutumes, un caractère réel qui la réservait au fief, quelle que fût la condition personnelle du propriétaire du fief. C'est ce trait qui a séparé la garde noble primitive de celle de la



coutume rédigée où elle s'applique aux biens des hommes de condition nobiliaire, quelle que fût la nature de ces biens. Mr. O. M. retrouve çà et là au X<sup>Ve</sup> et même au XIV<sup>e</sup> l'origine de cette transformation qu'il attribue, avec beaucoup de raison, à la disparition des charges du fief et au développement des idées nobiliaires. La garde devient une prérogative dont on limite l'octroi non seulement aux seuls nobles mais encore aux seuls parents en ligne directe. La garde-bourgeoise n'exige pas de bien longs développements puisqu'elle n'est qu'une dégradation de la garde-noble, privilège personnel concédé aux bourgeois de Paris au profit des parents en ligne directe d'abord et restreint plus tard au survivant des père et mère. Les deux gardes ont d'ailleurs réagi l'une sur l'autre; on les a réunies en 1580 dans un même titre. Déjà auparavant la garde bourgeoise avait poussé la pratique à enlever au gardien noble la propriété des meubles du mineur qu'on n'accordait pas au gardien bourgeois. Bien que la coutume parle seulement des gardes, l'auteur ne pouvait pas omettre l'examen de la tutelle proprement dite, d'origine romaniste, qui tient une place importante, tant dans les Sentences du Châtelet que dans la doctrine et dans la pratique les trois derniers siècles. On se rappelle en effet que le système général de protection des mineurs reposait à l'origine sur deux vieilles règles purement inhibitoires, celle qui prohibe l'exercice de toutes actions judiciaires par ou contre le mineur et celle qui interdit l'aliénation du patrimoine immobilier. C'est quand ces règles eurent été peu à peu ébranlées au profit des tiers qu'il fallut aller emprunter au droit romain, d'abord pour l'action en justice, puis pour les biens, un organe destiné à suppléer à l'insuffisance de la garde ou du bail. Depuis le XVI<sup>e</sup> s. il se développe et s'allie à la vieille institution coutumière des „amis charnels” des enfants. On trouvera ici un exposé très satisfaisant de la doctrine de Bourjon et de la pratique du Châtelet.

Le livre II sur la condition des biens est de beaucoup le plus considérable et correspond aux trois premiers titres de la coutume réformée de 1580 qui ont pour objet: le titre I les fiefs; le titre II les censives et le titre III quels biens sont meubles et immeubles.

C'est au dernier de ces trois titres que l'auteur s'attache d'abord. Les progrès de la célèbre classification générale coutumière s'aper-



çoivent à Paris mieux qu'ailleurs. Aussi bien les difficultés qu'elle a soulevées ont-elles poussé la coutume réformée à lui consacrer un titre spécial, alors que la matière est confondue dans les autres titres dans l'ancienne coutume. La doctrine parisienne se rendit peu de compte du mouvement auquel elle céda, comme toutes les autres, et dont le résultat devait être de faire entrer dans la division les droits incorporels. C'est dans Beaumanoir et non dans d'Ableiges qu'il faut aller chercher les criteriums qui caractérisent les immeubles: la durée et la production de revenus périodiques, au moins renouvelés, et qui permettront de traiter les rentes comme des immeubles. Et c'est seulement par Dumoulin que cette analyse fut exploitée à propos des rentes perpétuelles, constituées ou foncières d'abord et plus tard de toutes les rentes. Il en fut de même des offices pour lesquels le mouvement est plus tardif et dont le couronnement est postérieur à l'édit de la Paulette. On sait par ailleurs que la notion d'immeuble par destination ne fut dégagée que tardivement par la doctrine et la jurisprudence de Parlement.

J'ai hâte, en négligeant le chapitre des ailleux, d'arriver aux fiefs, aux censives et autres tenures roturières. C'est probablement cette partie du volume qui séduira le plus le lecteur. Dans chacune des trois parties: fief, censive et rentes, les développements sont ordonnés suivant le même dessin. L'auteur dégage d'abord les traits originaires et les particularités premières de l'institution dans la région, analyse ses éléments au Moyen-Âge et poursuit leur recherche dans les coutumes rédigées.

La *tenure féodale*, en négligeant toute l'histoire de son avènement, apparaît d'abord viagère dans de curieuses successions de chartes comme celles d'Hilduin et de ses descendants jusqu'au cours du XI<sup>e</sup> s., où elle devient héréditaire. Dans la transmission héréditaire, on n'a pris que fort peu souci de l'indivisibilité, seulement pour les baronies, et en ce cas on a pratiqué le parage, tant général que particulier, au profit de l'aîné avec sous inféodation aux puînés. Sous la pression des hauts seigneurs, la sous-inféodation est ébranlée, mais subsiste encore au XIV<sup>e</sup> s. (1315) tandis que le parage disparaît de 1209 au Grand Coutumier d'Ableiges. Il ne subsiste qu'au cas de minorité de quelques uns des héritiers et pour éviter le rachat. L'aliénation entre vifs est rare avant le



XIII<sup>e</sup> s.; elle suppose le consentement du seigneur avec droit de retrait et ne permet ni le morcellement ni l'abrègement. Après avoir dégagé ces traits essentiels de l'organisation du fief en Paris, Mr. O. M. a eu l'excellente idée de nous décrire, presque géographiquement et d'une manière concrète, l'application de tout ce système à la région qu'il étudie. Elle comprend le domaine propre du roi ou vicomté de Paris d'un côté et de l'autre les fiefs des propriétaires laïques ou ecclésiastiques. Toutes ces possessions sont divisées en chatellenies ou prévôtés, dont la principale dans le domaine du roi est la prévôté de Paris, à laquelle s'en ajoutent huit autres: Gonesse, Gournay, Torcy, Tournan en Brie, Montlhéry, Corbeil, Chateaufort, Poissy. Certaines chatellenies indépendantes relèvent des diverses prévôtés, surtout de la prévôté de Paris. Le *chatellenie* est elle-même découpée en fiefs ou forteresses. L'unité territoriale est, en principe, le *fief de chevalier* qui s'est morcelé très inégalement et au dessus duquel on rencontre les châteaux, tours carrées, maisons fortes ou simples hébergements. Les règnes des premiers Capétiens ont été employés à abattre ou à subordonner tous ces chatelains souvent turbulents du Paris. Après cette histoire générale de l'institution féodale dans la région parisienne avant les coutumes rédigées, l'auteur reprend par le détail chacun des éléments juridiques du fief, les services du fief (foi, hommage, aveu et dénombrement) l'aliénation du fief (par vente, jeu et démembrement) la mutation et la théorie du rachat et enfin, la succession au fief. Il est impossible ici de le suivre dans ces recherches très fouillées: j'appelle l'attention particulière du lecteur sur l'étude du jeu de fief, du démembrement et du droit de rachat.

La matière déjà touffue de cette étude avant le XVI<sup>e</sup> s. le devient bien davantage encore après lui: à parcourir, même rapidement, ces pages remplies de décisions notées chacune brièvement et d'un seul trait, on reste saisi de l'énormité du travail juridique accompli durant les trois derniers siècles sans répit, sans arrêt, pour vider de son contenu effectif l'institution féodale, en en conservant toute l'armature et la forme extérieure; pour annihiler ou expulser progressivement le droit de propriété éminente du seigneur, en énervant peu à peu les sanctions (la commise se rapproche de la révocation des donations pour cause d'ingratitude), en rendant super-



flue l'intervention du seigneur dans la mutation (elle s'opère par la clause de déssaisine-saisine toute seule), en dégradant le droit de relief et de rachat; en prolongeant à l'infini cette théorie du jeu de fief et de l'aliénation sans démission de foi, qui permet au vassal d'aliéner toute la substance de sa tenure par la concession de censives, de rentes, d'hypothèques opposables au suzerain sans son intervention; et enfin en rapprochant la succession au fief du régime de droit commun des successions. Et on sait gré à l'auteur, d'avoir par son texte ramassé, si plein de choses qu'il en éclate, permis à cette impression puissante de se dégager des choses.

La *censive* comporte une étude mois longue. Elle devient héréditaire au cours des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> s. Son aliénabilité n'est plus contestée au XIII<sup>e</sup> s.; le seigneur censier perçoit seulement un droit fixe de 12 deniers et un droit proportionnel du 12<sup>e</sup> du prix, sans pouvoir exercer le retrait censuel. Mr. O. M. constate au XIII<sup>e</sup> s. la faculté de sous-accenser accordée au censitaire comme la faculté de sous-inféoder l'est au vassal. Mais elle lui fut enlevée lorsque se fut développée la pratique des baux à rente foncière dont on parlera plus loin. La disparition du sous-accensement (cens sur cens ne vaut) est due, d'après l'auteur, à la crainte du seigneur censier de voir son propre cens et surtout sa supériorité foncière et sa seigneurie amoindries par la rivalité des cens successifs, dont on maintiendrait mal la hiérarchie. On verra au cours de cette étude, comme pour le fief, comment se sont atténuées les sanctions et comment, à l'inverse, naît au profit du censier une action personnelle en paiement du cens, au moyen de la pratique des lettres du Châtelet accompagnées même souvent de gages spéciaux qui assurent ce paiement.

La rédaction des coutumes modifia peu la censive. La crise du XV<sup>e</sup> s. et la désertion des campagnes provoquèrent de nombreux renouvellements des baux à cens. On les concéda généralement en distinguant dans le cens deux parties: le chef-cens, généralement très faible et le gros cens bien plus élevé. Le premier suffit à la reconnaissance de la souveraineté et le second est souvent rachetable au gré du censitaire. La distinction subsista jusqu'à la Révolution. A travers les solutions de détail élaborées par ou depuis Dumoulin, je ne retiens que la suppression de la nécessité de l'ensaisinement par le seigneur pour la perfection de l'aliénation.



Le *champart* n'est qu'une variété de censive, dont le cens est représenté par une part de la récolte, comme dans la dime. Assez répandu jusqu'au XIV<sup>e</sup> s. il disparut presque complètement ensuite et n'est pas mentionné dans les coutumes rédigées. On lui applique les mêmes règles qu'à la censive, y compris la prohibition du sous-accensement et la jurisprudence lui reconnaît un caractère seigneurial malgré l'avis contraire de Dumoulin.

La théorie de l'*amortissement* à laquelle Mr. O. M. consacre un chapitre et qui suppose l'acquisition d'un fief et d'une censive par un établissement public ecclésiastique ou laïque, ne présente, dans la région parisienne, que cette particularité qu'on n'y retrouve pas la pratique du système de l'homme vivant et mourant: la transaction avec le seigneur comporte d'ordinaire le doublement du cens pendant le temps où le bien reste aux mains de l'Eglise. Les coutumes rédigées sont muettes à ce sujet et la jurisprudence a tendance à unifier toute la pratique de l'amortissement en France.

Reste enfin toute une copieuse étude des *cens* et *rentes* dans leurs origines et leur histoire aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> s. et depuis les coutumes rédigées. Les „cens” ou baux à rente foncière ne sont en réalité qu'une transformation du sous-accensement, dans lequel on a ramené le domaine utile originaire de l'arrière-censier concédant à n'être plus qu'un droit réel dépourvu de toute prérogative seigneuriale, mais permettant la reprise de l'héritage comme sanction du non paiement des arrérages de la rente. Cette rente nouvelle, ce cens nouveau qui s'ajoute à celui qui continue à être dû au seigneur censier primitif est, en fait, pour le détenteur de l'immeuble, un accroissement, de cens; d'où pour la tenure le nom de bail „ad incrementum census”, ou bail à *crois de cens*. Il est à vie ou plus souvent perpétuel. Les „rentes” correspondent plutôt économiquement au prêt à intérêt garanti par hypothèque, tandis que les „cens” se rapprochent davantage de l'aliénation. Mais on sait qu'elles ont pris, elles aussi, la forme juridique d'une aliénation pour échapper à la prohibition du prêt à intérêt. Dans les „cens” ou rentes foncières, le débiteur n'est originairement tenu que propter rem avec faculté de déguerpissement, mais dès le XIII<sup>e</sup> s. les actes de la région parisienne témoignent qu'on ajoute au contrat primitif un enga-



gement personnel du débit-rentier au paiement des arrérages avec „obligatio bonorum”. Mais on interpréta cet engagement comme prenant fin lors du déguerpissement, dont il n'enlève pas la faculté au débit-rentier et comme n'ayant, en ce cas d'effet que pour le passé. Pour faire disparaître cette faculté, il a fallu la pratique de la clause de *fournir et faire valoir*”. Quant aux sanctions accordées au crédit-rentier, on lira avec très grand profit l'étude que l'auteur consacre d'abord à la *saisie gagerie* qui se perd par l'an et jour, puis à *l'action en cas de garnir ou quitter*, introduite et organisée au profit des bourgeois de Paris par les ordonnances de 1288, 1303 et 1343 et qui est une saisie de l'immeuble lui-même, et à *l'action de simple saisine* qui ne s'éteint que par dix ans, sans compter *l'action personnelle* doublée de *l'action hypothécaire* et même la *saisie exécution* avec exécution parée au cas de lettres du Châtelet. Comme les „cens” se sont multipliés, notamment sur les maisons, il fallut établir, entre les divers rentiers, un ordre de préférence, qu'organise la même ordonnance de 1288 et qui se combine par la suite avec la théorie des hypothèques. La crise du XVe s. devait provoquer, à Paris, le recours à deux ordres de mesure destinées à assainir la situation économique: d'une part, en 1424 et 1428, sous la domination anglaise, on prit des mesures pour assurer la mise en criée des maisons abandonnées; d'autre part, on s'efforça, en 1442, de décharger les maisons des rentes qui les faisaient abandonner, en en permettant et en en provoquant le rachat.

Dans les coutumes rédigées le bail à rente foncière ne s'est modifié que dans ses détails: ainsi l'action de garnir ou quitter disparaît et, à côté de l'action personnelle et de l'action hypothécaire, on en introduit une dernière dite „mixte”, réelle et personnelle à la fois, qui permet de contraindre le débit-rentier et surtout son ayant-cause à un engagement personnel au paiement des arrérages. Quant aux rentes, on sait quelles transformations elles subirent sous l'impulsion de Dumoulin, pour se rapprocher du prêt, à intérêt et comment même on en vint à considérer comme superflu de les asseoir sur un immeuble, ce qui donna naissance aux rentes volantes.

Le premier volume s'arrête là. L'analyse trop longue que j'en ai donnée suffit à montrer et l'étendue du domaine exploré par



l'auteur et la conscience admirable avec laquelle il en a fouillé toutes les parties. La masse de matériaux mise en œuvre est considérable et pourtant nulle part l'exposition doctrinale n'en est alourdie. C'est une œuvre de premier ordre et qui fait grand honneur à l'érudition française.

ED. MEYNIAL.



## CHRONIQUE ITALIENNE

### DROIT NATIONAL.

---

*Ab Iove principium . . .* commençons donc par DANTE. Les recherches de nos savants sur ce géant de la pensée au moyen âge se sont multipliées dans ces dernières années, à l'occasion du VI<sup>e</sup> centenaire de la mort du poète florentin. Ce mouvement a donné lieu à nombre de publications dont plusieurs intéressent aussi l'histoire du droit, étant consacrées à la pensée politique du poète. Nous donnons ici la première place au savant mémoire de M. RUFFINI sur DANTE *e il protervo decretalista innominato* (*Mon.* III, 3, 10) in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, serie II, to. LXVI, 40 pp. 69 Torino 1922). L'identification de ce décrétaliste constitue un problème qui a fatigué plusieurs écrivains. Le décrétaliste soutenait avec beaucoup d'autres la supériorité de la tradition pontificale sur l'Écriture, opinion qui avait des conséquences très importantes à cette époque où l'activité du pontificat était si brillante. DANTE nous atteste avoir entendu lui même ce maître „cum iam audiverim quendam de illis dicentem et procaciter asserentem . . .” ce qui augmente les difficultés de la solution. Dans les derniers temps M. VOSSLER et M. CHIAPPELLI ont avancé à ce sujet de nouvelles hypothèses. Selon le savant Allemand, le canoniste en question serait le *doctor decretorum* ENRICO DA CREMONA, selon le professeur Toscan on pourrait l'identifier avec le célèbre GUIDO DE BAYSIO l'archidiaconus Bononiensis. M. RUFFINI observe que l'opinion si âprement repoussée par DANTE fut professée par tous les deux, mais l'on ne comprend pas où DANTE aurait pu entendre le premier; la probabilité est plus forte pour le second qui fut professeur à l'Université de Bologne où la présence de DANTE est très probable. Néanmoins ni l'un ni l'autre de ces écrivains ne se



trouva mêlé à une question où le poète eut une part quelconque. C'est pour cela que M. RUFFINI avance une troisième hypothèse. Un disciple de GUIDO DE BAYSIO nomme le cardinal MATHEUS D'AQUASPARTA parmi ceux qui soutenaient avec son maître la supériorité du Pontife sur l'empereur; voilà, dit M. RUFFINI un décrétaliste qui a été certainement en rapport avec DANTE puisque BONIFACE VIII l'envoya à Florence justement à l'époque de DANTE, pour apaiser les luttes entre les Bianchi et les Neri. Selon maints historiens le cardinal aurait eu même une part considérable dans la condamnation du poète à l'exil. La théorie de la suprématie du Pape sur les puissances laïques est strictement liée à celle de la supériorité de la tradition pontificale sur l'Écriture, et nous avons vu que le cardinal D'AQUASPARTA développa cette dernière idée à Bologne. Il professa aussi l'autre idée et M. RUFFINI nous fait connaître que cela eut lieu lorsqu'il plaida devant le Pape BONIFACE VIII la cause des Flamands contre le roi de France. Il dut recourir à la même théorie aussi à Florence, lorsque le Pape l'envoya dans cette ville pour contraindre la commune (dont DANTE était un des „priori”), à révoquer la condamnation de trois Florentins attachés à la cour de Rome. Dans cette occasion donc le poète put entendre le cardinal „dicentem et procaciter asserentem traditiones Ecclesiae fidei fundamentum”. C'est une simple hypothèse, dit M. RUFFINI, mais l'on doit reconnaître qu'elle est très vraisemblable. Le développement de la dissertation est très intéressant. Pourtant on pourrait se demander: Maître MATTHIEU D'AQUASPARTA n'est il pas compris parmi le *gregum Christianorum pastores*, désignés par DANTE dans le pas qui précède, comme adversaires de la puissance impériale „de zelo, non de superbia”? N'était il pas cardinal-évêque de Porto? La profonde aversion du poète pour son persécuteur lui aurait donc fait oublier la dignité épiscopale de ce dernier? Voilà une petite question à l'adresse de M. RUFFINI.

La pensée politique du poète florentin a été aussi l'objet de plusieurs intéressantes observations de la part d'un historien du droit, M. ARRIGO SOLMI (SOLMI, *Il pensiero Politico di Dante, Studi Storici*, Firenze, 1921, 8° pp. 252). Il lui a consacré un fort volume où nous trouvons réunies sept dissertations sur cette matière. — Je ne peux pas en donner ici un résumé complet; je me



bornerai à renseigner les lecteurs sur quelques questions principales. D'après l'opinion de plusieurs savants le système politique de DANTE quoique admirable, est utopiste et suranné. Il vise à la réconstitution de l'empire dans le même moment où le particularisme Italien morcelait la péninsule en une quantité de petits états, et où la faiblesse des rois allemands et la puissance des souverains de Naples ôtaient toute possibilité d'atteindre le but. A ces arguments M. SOLMI répond avec beaucoup de verve. Il pense que la vitalité de cette unité impériale qui forme le fondement de la conception hiérarchique de l'Europe chrétienne de son temps est encore puissante à l'époque dantesque. Elle est attestée par la diffusion du droit romain dont l'autorité remontait à l'empereur et par ce sentiment d'un lien universel qui unissait tous les royaumes et les républiques autour de Rome, la ville impériale et pontificale. L'apparition de la puissante personnalité d'Henri VII confirma le poète dans sa conception. Dans ces conditions peut-on l'accuser d'utopie? Et l'on pourrait ajouter que FRÉDÉRIC II, dont l'imposante figure semble être toujours présente au poète, avait tenté, peu d'années auparavant, une organisation très semblable à celle qui est exposée dans la *Monarchia*. Il venait d'échouer, il est vrai, mais un autre ne pouvait-il pas reprendre cette tentative et atteindre enfin le but? DANTE ne parle pas d'un avenir prochain, il bâtit son système pour les siècles, il n'a pas été peut-être, un politique habile et très prévoyant, mais son œuvre n'est pas un manuel pour les chefs de parti. La *Monarchia* est un traité où l'on décrit la meilleure forme de gouvernement et pour cela on ne peut pas nier qu'il ne contienne une base réelle.

Autre question: quelle est la destinée de l'Italie dans la conception du poète? M. ERCOLE, un jeune écrivain qui a étudié avec beaucoup de soins ce sujet, croit que DANTE visait à la constitution d'un royaume d'Italie semblable au royaume germanique, relié à l'empire, mais autonome. M. SOLMI le nie; dans le traité *De Monarchia* et dans le poème on ne trouve aucune mention de ce „regnum Italiae”. Il avait disparu au XIII<sup>e</sup> siècle et depuis le souvenir s'en était effacé de la mémoire des hommes. L'Italie était beaucoup plus pour DANTE: c'était le „Jardin de l'empire” qui devait demeurer de plein droit sous la main de l'empereur. En effet la proposition de M. SOLMI est exacte: rien ne rappelle ce



Royaume d'Italie dans les ouvrages du poète. Cependant on pourrait objecter: qu'est ce que cela veut dire? DANTE nous décrit avec tant de soins les bornes de l'Italie, il déplore avec une si fière amertume l'absence d'une „curia” italienne semblable à celles que se réjouissaient de posséder les autres royaumes d'Europe, qu'il ne pouvait pas songer, c'est évident, à une Italie unie au gouvernement de l'Allemagne. Mais si l'Italie devait avoir un gouvernement séparé des autres contrées soumises à l'empereur mais gouvernées chacune par un roi, ne doit-on pas considérer l'empereur comme étant aussi roi d'Italie? C'est l'idée qui est contenue dans le célèbre vers de DANTE où il définit la puissance de Dieu au Paradis „... in tutte parti impera e quivi regge” ... Il m'est impossible d'examiner ici toutes les intéressantes questions soulevées par le savant auteur dans son beau livre, auquel je renvoie le lecteur.

M. SOLMI nous a donné aussi de l'histoire juridique des communes italiennes au moyen âge un intéressant aperçu qui est très utile pour la coördination des résultats des nombreux ouvrages qui ont été consacrées dans ces dernières années à ce problème capital de l'histoire du droit. (*Il comune nella Storia del Diritto*, estratto dall' *Enciclopedia Giuridica Italiana* vol. III parte 2<sup>a</sup> in 8°, pp. 126 Milano 1922.) Nous y suivons l'évolution de la ville depuis la dissolution du municipe romain jusqu'à la constitution de l'indépendance communale. L'influence des éléments qui ont coöperé à la destruction de l'état carolingien, le système féodal, l'immunité ecclésiastique, l'évolution économique qui amena la réconstitution de l'industrie et du commerce urbain, l'influence du gouvernement épiscopal qui rendit souvent plus facile aux citoyens d'occuper les magistratures de la ville, les trois phases de l'histoire du gouvernement communal, la distinction des pouvoirs dans le commun-état: tout cela est bien décrit dans cet aperçu. J'aurais voulu y voir une description un peu plus détaillée des théories qui ont été avancées pour expliquer les origines de l'indépendance communale: M. SOLMI ne dit mot, par exemple, de la célèbre théorie de feu M. SOHM; il me semble aussi que l'auteur, donne peu de place à l'élément militaire qui a eu, sans doute, une importance de premier ordre, dans le développement des libertés urbaines. Le travail n'en est pas moins



intéressant et il sera très utile à quiconque voudra se former une opinion exacte en cette matière.

A l'histoire du droit public appartient aussi un petit, mais très intéressant mémoire de M. TAMASSIA sur le *Verbum regis*. („*Verbum regis franco ed auxilii latio romana*, estr. dall' *Archivio giuridico*, vol. LXXXVIII, fasc. 1, in 8°, pp. 25, Modena 1922.) Les recherches de l'éminent historien du droit de l'Université de Padoue font remonter les sources de cette institution à la décadence Romaine, époque où nous voyons les personnes poursuivies en justice, obtenir de l'Empereur, ou des hauts fonctionnaires un „verbum” qui les protège des violences arbitraires jusque devant le tribunal. MOMMSEN et SCHRÖDER avaient déjà signalé les rapports que existaient entre l'institut du „verbum regis” et la *tuitio* ostrogothique et romaine mais il y avait là seulement des indications tout à fait sommaires: la démonstration de M. TAMASSIA est fondée sur une quantité de preuves.

La célébration du VII centenaire de l'Université de Padoue a donné lieu à plusieurs dissertations relatives à l'histoire de la célèbre école. L'institut pour l'histoire de l'Université de Bologne, et l'institut semblable créé tout récemment pour l'histoire de l'Université de Padoue, ont publié, à cette occasion, des volumes très intéressants. Je rappelle ici seulement quelques écrits qui ont un intérêt direct pour l'histoire du droit. Je commencerai par un étude de mon éminent collègue M. COSTA où il explique très bien la place occupée par J. B. SAMPIERI, lecteur à l'Université de Bologne, parmi les romanistes du XVI siècle. M. COSTA fait une comparaison entre l'étude de SAMPIERI sur quelques passages du code JUSTINIEN et les ouvrages semblables de BARTHOLOMEO SALICETO et de ALESSANDRO TARTAGNA. SAMPIERI appartient à la même école de Saliceto; TARTAGNA est au contraire un novateur; les deux premiers, dans leur exposition, se bornent à expliquer le texte, le troisième part du texte pour dissenter amplement sur les problèmes qui résultent du cas exposé, et sur les opinions des juristes à ce propos. Dans le même volume j'ai publié quelques notes sur ANTONIO DA PRATOVECCHIO, le célèbre feudaliste du XV siècle, secrétaire de l'empereur SIGISMOND, ennemi acharné du Pape EUGÈNE IV, qui professa à Padoue pendant les années 1428—1430; M. SORBELLI y a exposé sur quelques preuves



qu'il a découvertes de l'existence d'une école de droit à Padoue avant la fondation de l'Université. (*Studi e memorie per la Storia dell' Università di Bologna*. Vol. VII dedicato alla Università di Padova pel suo VII centenario in 8° pp. 151, Bologna 1922.)

Dans l'année qui va finir les ouvrages relatifs à l'histoire du droit privé n'ont pas été nombreux. Je rappelle ici deux écrits seulement. Le premier est un mémoire de M. SALVIOLI sur les doctrines économiques des „scolastici” antérieurs à ST. THOMAS D'AQUIN. (*L'economia medievale e le dottrine economiche nella scolastica pretomista*, negli *Atti e memorie dell' Accademia delle scienze morali e politiche della Società reale di Napoli*, in 8°. pp. 39, Napoli 1922.) Ce travail complète le livre célèbre de ENDEMANN sur ce sujet. Il résulte des recherches de M. SALVIOLI que l'influence exercée sur les opinions des scolastiques par le changement de l'économie de l'Europe occidentale, survenu à la fin du XII<sup>e</sup> siècle, a été très considérable. Dans les temps antérieurs le commerce était affaire d'un petit nombre de spéculateurs qui réalisaient des gains énormes. Dans les conditions ou comprend bien que GRATIEN dise: „difficile est inter ementis vendentisque commercium non intervenire peccatum”. Le crédit était très limité, le délai accordé par le créiteur très court, et on exigeait toujours de fortes garanties.

C'est pourquoi l'intérêt semble aux canonistes une prétention tout à fait injustifiée et odieuse. Cela change avec le XIII<sup>e</sup> siècle: à cette époque il y a la formation d'une classe très nombreuse de commerçants; la circulation de l'argent devient abondante, les prêts à intérêt de plus en plus faciles et le délai pour le paiement beaucoup plus long. Sans doute les scolastici ne s'affranchissent pas formellement des théories sévères professées par leurs prédécesseurs, mais ils trouvent des atténuations: ils reconnaissent que souvent le commerce est tout à fait honnête, et que, dans plusieurs cas, la participation du créiteur au lucre obtenu par le débiteur avec l'argent prêté, est justifiée.

Le second écrit est dû à M. GENUARDI (*Il lido del mare nel diritto intermedio*, nell' *Archivio Giuridico*, vol. LXXXVIII, fasc. 1, 8°, pp. 21, Modena 1922) et il concerne la propriété du *litus maris*. Les bords de la mer étaient considérés comme *res publicae* dans le droit romain classique: comme *res communes* dans le



droit de JUSTINIEN. Le droit public médiéval conserva la première conception; M. GENUARDI cite, à ce propos, des documents d'Amalfi et de Gaète au XI<sup>e</sup> siècle; un peu plus tard le *litus maris* est compté par les docteurs bolonais à Roncaglia parmi les droits régaliens et comme tel appartenant à l'empereur. Malgré la résurrection du droit de JUSTINIEN, la règle conçue par lui sur le *litus* n'est pas adoptée. Dans le royaume napolitain et sicilien le *litus* est propriété de l'état et l'on trouve une foule de concessions féodales accordées par ce dernier à des particuliers. M. GENUARDI résume plusieurs documents relatifs à ce développement.

Après les ouvrages de M. SALVIOLI et de M. GENUARDI, je me permets de citer aussi une communication à la société pour le progrès des sciences, où j'ai décrit les efforts des savants et du gouvernement de Venise vers le fin du XVIII<sup>e</sup> siècle pour résoudre les difficultés que causaient à l'agriculture les nombreux droits de vaine pâture et l'extension des communaux. On y trouvera exposés les différents projets des agronomes et des économistes et les mesures prises par la République à ce sujet. Le principe de la propriété absolue du sol s'affirma seulement après la chute du gouvernement patricien par suite de l'extension du code NAPOLÉON à l'Italie. (P. S. LEICHT, *Disegni di riforma agrarie al cadere della Repubblica Veneta negli Atti della Società Italiana per il progresso delle Scienze*, IX Riunione, 8<sup>o</sup>, pp. 12, Città di Castello 1922.)

Nous devons enfin signaler le répertoire bibliographique des ouvrages principaux d'histoire du droit italien dressé par M. SOLMI, édité tout récemment par la fondation *Leonardo* de Roma. (*La storia del diritto italiano*, 32<sup>o</sup>, pp. 97, Roma 1922.) M. SOLMI a fait précéder le répertoire d'un résumé synthétique de l'évolution de ces études dans les dernières années. La collection de la *Leonardo* a pour but de mettre toute personne cultivée au courant des progrès des différentes branches d'études en Italie; le petit livre de M. SOLMI nous semble remplir très bien cette tâche pour l'histoire du droit.

P. S. LEICHT,  
PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT  
DE BOLOGNE.



## CHRONIQUE AMERICAINE

### THE LITERATURE OF LEGAL HISTORY IN THE UNITED STATES, 1920—1922.

---

The United States, like the Netherlands, may well occupy an eclectic and disinterested position in the literature of legal history, — the latter, by being located at the center (as it were) of the various rays of European influence; the former, by standing just outside the circumference. *Prima facie*, American scholars are at a disadvantage, in original historical work in law. There is a spiritual disadvantage, in that no inspiration is furnished by long centuries of prior continuous history in their own country; nor is encouragement given by the established prestige of research in the traditions of the legal profession or of the universities; for example, there is not a single chair exclusively for legal history in any one of the seventy-five universities having law schools; and in only ten law schools is even a course of lectures offered. There is also a material disadvantage, in that the archives of European legal history are too distant to permit many plans of comprehensive original research in that field. However, in Anglo-American legal history, American scholars enjoy the opportunities of the greatest single law library in any country (the Harvard Law School), as well as of a few other good collections; and in the study of ancient and comparative law they share, through accessible printed texts and periodical literature, most of the opportunities of their European colleagues.

The interests of scholarship in legal history are rapidly growing in America. Nevertheless, the notable achievements to chronicle are as yet few.



1. For 1920—22, the outstanding event of scholarship in the field of Anglo-American legal history has been the appearance of Professor G. E. WOODBINE's (Yale University) second volume of BRACTON's *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. The first volume, describing the manuscripts and apparatus for a critical edition of the text, appeared in 1915, this second volume begins the text, and carries it through folio 159. It is well known that Sir TRAVERS TWISS' edition of fifty years ago was a sad disappointment to the learned world. Destiny has at last raised up the precisely fit scholar for a critical and definitive edition. In view of BRACTON's unique position in English law, of the status of his book as the oldest comprehensive account extant for any European medieval system, and of his copious use of the medieval Romanist Azo, the appearance of this edition will be of superlative interest to all European scholars.

Professor WOODBINE himself, in an article on *The Roman Element in Bracton's De Acquirendo Rerum Dominio* (*Yale Law Journal*, 1922, XXXI, 827), has given us an appetizing foretaste of the methods to be pursued in using this edition to solve the long mooted problem of the borrowings of Roman law in English law. Meanwhile, another fascinating problem, viz., the identity of the judge-author BRACTON (or BRATTON), is receiving new and brilliant light in a remarkable series of articles by Mr. BORIS M. KOMAR, of the New York Bar, *De Origine Vitaque Brattonis Varia* (*Illinois Law Review*, 1922, XVI, 516, 586). Mr. KOMAR's studies bid fair to compel a reconsideration of even Professor MAITLAND's conclusions.

A unique and long-needed book is the *Guide to the Study of English Legal History* by Professor C. C. CRAWFORD (University of Kansas). This work (now in press; CARSWELL, Toronto, Canada) is the first one to present a complete apparatus of source-references, arranged topically and chronologically, for the entire scope of English Legal History; it will do much to stimulate the extension of law school courses in that field.

2. In Roman law, three interesting contributions may be mentioned. Prof. MAX RADIN (University of California) advances a novel theory for solving the much-argued interpretation of the apparently barbarous creditors proceeding in Twelve Tables III,



6, "in partes secantur" (*American Journal of Philology*, Jan. 1922). Professor ALBERT KOCOUREK (Northwestern University) restates the essentials of the Roman formulary system, with a view to demonstrating its adaptability in reforming the Anglo-American method of trial by jury, as a natural process of evolution (*Virginia Law Review*, 1922, VIII, 337, 434). Mr. NATHAN MATTHEWS, of the Boston Bar, in *The Valuation of Property in Roman Law* (*Harvard Law Review*, 1921, XXXIV, 225), studies the Roman methods (virtually ignored hitherto in all systematic treatises, whether modern or medieval) of solving a problem which in the modern American law of railroads and other public utilities has acquired a vast practical importance. No treatises or monographs on Roman Law have appeared in the period under review; Professor CHARLES P. SHERMAN's interesting three volumes on *Roman Law in the Modern World* (1917) being the last on the very short list of works by American scholars <sup>1</sup>).

3. In the field of other early civilized systems, original work in law is being done by American scholars, though not by legal ones, and their contributions appear in the journals of philology. The researches of Professor ROBERT J. BONNER (University of Chicago) and of Professor GEORGE M. CALHOUN (University of California) in classical Greek law are adding valuably to our knowledge; and the treatise of the former (soon to appear) on the law of Athens should be awaited with general interest by European scholars. In Babylonian law, the publication of important texts by the scholars of Yale University and the University of Pennsylvania has continued during the last few years; and the English translation, by the late Professor MORRIS JASTROW, of the newly discovered (SCHROEDER) fragment of an Assyrian Code (*Journal of the American Oriental Society*, Vol. XLI, p. 1 February 1921) has made Americans acquainted with that significant document. Among other researches in the Semitic field should be noted Professor H. L. LINFIELD's (Dropsie College), *Relation of Jewish to Babylonian Law* (*American Journal of Semitic Languages and Literature*, 1919, XXXVI, 40), Professor LE ROY WATERMAN's (University of Michigan), *Pre-Israelite Laws in the Book of the*

---

<sup>1</sup>) A second edition of this work has been published at the end of 1922.



*Covenant* (*American Journal of Semitic Languages*, 1921—22, XXXVIII, p. 36) and *Dependence of the Talmudic Principle of Asmakhta on Babylonian Law* (*Journal of the American Oriental Society*, 1920, XL, 126) and three articles (*Journal of Biblical Literature*, 1920—1921, XXXIX, 44, XL, 76, 166) discussing the *Identity of the Code Found (by Josiah) in the Temple, II Kings 22—23*, by Professors G. R. BERRY (Colgate University), ALEX FREES (Brown University), and F. C. BURKITT (Cambridge University, England).

In the field of comparative legal history and evolution, the suggestive views of the Dutch Professor C. VAN VOLLENHOVEN, *Families of Language and Families of Law*, were given to the light in the *Illinois Law Review* (1921; XV, 417).

In primitive American ethnology, occasional contributions to comparative law (social institutions of the Indian tribes) have appeared from the pens of the ethnologists attached to the Smithsonian Institution and Federal Bureau of Ethnology at Washington; but the great riddle of juristic Americans, viz., the legal system of the Incas, the Aztecs, and the Mayas, remains as yet unsolved.

4. In the field of European Continental law, the chief thing to be noted is Professor ROBERT W. MILLAR's (Northwestern University) translation of the late Judge ENGELMANN's (Breslau) *History of Civil Procedure*; this work, now in press, will form Vol. VI of the *Continental Legal History Series*. The original work gives a connected account, in sequence of the Germanic, Roman, and Romano-canonical systems, but limits its account of the modern stage of development to Germany. The translator, however, has added chapters showing the Dutch, Scandinavian, French, and Italian developments. Thus the work as a whole takes a unique place in historical literature, and ought to be as serviceable to European as to American students.

5. In the field of Anglo-American Law, in its American phase, there is but a period of three centuries to be covered; and yet it is History.

The notable book here is Professor ROSCOE POUND's (Harvard University) *The Spirit of the Common Law* (1921). Reaching back in its scope to the English inheritances, it deals, never-



theless, with American law in essence. Its chapters on "Feudalism", "Puritanism", "Courts and the Crown", "The Rights of Man", "The Pioneers", and "The Philosophy of Law in the 19th Century", bring us down continuously through the centuries to the present, painting the historical background of the American system; and the work is essential for any European scholar desirous to understand American justice. A posthumous volume, *Papers on the Legal History of Government* (1920) by Professor MELVILLE M. BIGELOW (Boston University), author of *Early History of English Procedure*, deals also with some leading traditions of English law ("Medieval English Sovereignty", "The Old Jury", "Becket and the Law", etc.), in their relation to American development; but his obscure style and mystical point of view deprive his learning of the meaning which it might have had.

In the century and a half since the American Revolution, there has taken place in the law a tangible developmental change — short though the period seems — which calls for the scrutiny of the historian. Naturally, the constitutional system has been the part to attract most interest. Here the notable book is *The Supreme Court in United States History* (1922), 3 vols., by Mr. CHARLES WARREN (of the Washington Bar), already known as a master, by his unique *History of the American Bar*. Ex-senator ALBERT J. BEVERIDGE's *Life of John Marshall* (1919), in its delineation of the great Chief Justice's career, has also dealt with constitutional history. Numerous specific doctrines of constitutional law are traced historically in the *Essays in Constitutional Law and Equity*, (1921; 2 vols.) by the late Professor HENRY SCHOFIELD (Northwestern University).

Specific institutions of private law and of procedure have received little attention from our historians. Mr. OTTO E. KOEGEL's monograph on *Common Law Marriage and its Development in the United States* (1922) sums up in useful shape the story of the peculiar American doctrine as to the formalities of marriage. The remarkable episode in California, nearly three generations ago, of self-organized extra-legal justice in a lawless pioneer community is now authentically described and documented in Miss MARY F. WILLIAMS' *History of the San Francisco Vigilance Committee of 1851* (University of California, 1921, 2 vols.). The



gradual progress in the extension of systematic legal assistance to the poor and helpless is fully described in a notable volume published by the CARNEGIE Foundation (1919) entitled *Justice and the Poor*, by Mr. REGINALD H. SMITH (of the Boston Bar); and the same Foundation has also published an exhaustive history of *Legal Education in the United States*, by Mr. ALFRED Z. REED.

Apart from these histories of institutions and doctrines, and only furnishing the materials for future historical treatment, there is a copious annual stream of local biographies of judges and lawyers, extending back even into colonial times. These are too numerous and too local to chronicle here. But two works having a larger scope should be mentioned. *Courts and Lawyers of Pennsylvania, 1623—1923* (1922; 3 vols.) by Mr. FRANK M. EASTMAN (of the Pennsylvania Bar) takes us, in the early chapters, through the periods of Dutch, Swedish, and English colonization, and exhibits the transmutations of several political systems. *Courts and Lawyers of Illinois* (1916; 3 vols.) by Professor FREDERIC B. CROSSLEY (Northwestern University) traces in the opening chapters the succession of French, English, and American law, and the growth of a judicial system in a pioneer State.

These two works serve to remind European scholars of the kaleidoscopic experiences of early America in different continental systems of law, — English, French, Dutch, Swedish and Spanish. Doubtless, few continental jurists pause to recall that the „*Coutume de Paris*” was once in force in the region now dominated by Chicago; or that the medieval “*Fuero Juzgo*” and the “*Siete Partidas*” long were invoked as sources of law in Louisiana and Texas. These close relations, in earlier times, of Continental with modern American law ought to stimulate on both sides of the Atlantic a mutual interest in the comparative history of law.

JOHN H. WIGMORE,

DEAN OF THE LAW SCHOOL OF THE NORTHWESTERN  
UNIVERSITY (CHICAGO).



# MÉLANGES.

---

## I.

**Cinquième Congrès international des sciences historiques.** Le Comité Organisateur a dès à présent obtenu des promesses de communications des historiens les plus en vue d'Europe et d'Amérique; il a reçu des avis d'adhésion très nombreux émanant de la plupart des pays étrangers. Il lui est possible dans ces conditions d'indiquer dans la présente circulaire les traits principaux de l'organisation du Congrès.

Le Comité Organisateur prendra des dispositions pour que, dans la mesure du possible, chaque section ou chaque sous-section puisse entendre et discuter de trois à quatre communications par jour de travail.

Chaque communication aura en principe une durée maximum d'une demi-heure; elle sera suivie d'un échange de vues. Des résumés des communications seront imprimés et constitueront un syllabus permettant de suivre avec plus de fruit les travaux du Congrès.

Conformément aux usages des Congrès Internationaux des Sciences Historiques, les communications pourront être faites en français, anglais, allemand, italien ou espagnol. Les nationaux du pays qui reçoit ont le droit de parler leurs langues nationales.

Il est loisible aux congressistes de faire plusieurs communications, à condition toutefois qu'elles soient faites dans des sections différentes.

*Excursions.* Le Comité Organisateur prendra des mesures pour qu'en dehors des journées vouées au travail en sections, une journée et demie soient consacrées à des excursions présentant un intérêt historique, archéologique et artistique. Ces excursions seront conduites par les érudits belges les plus compétents en ce qui concerne chacune d'entre elles.

Les congressistes auront le choix entre plusieurs buts d'excursions tels que Bruges, Gand, Anvers, Liège, Namur, Tournai, Malines, Louvain, le front belge de l'Yser et les ruines d'Ypres, le champ de bataille de Waterloo.

En dehors des heures de séance, des visites aux musées, églises, monuments civils et établissements scientifiques de Bruxelles seront organisées sous la direction de spécialistes.

*Conditions matérielles.* La cotisation au Congrès est fixée à cinquante francs. Des cotisations réduites sont prévues pour les membres des familles de congressistes, qui désireraient participer aux excursions et suivre les séances du Congrès sans prendre part aux débats. Elles sont fixées ainsi:

Une personne supplémentaire: 20 francs.

Toute personne en plus: 15 francs.

Les étudiants immatriculés dans une université et les élèves des trois classes supérieures des établissements d'instruction moyenne paieront une cotisation de dix francs; ils ne pourront prendre part au débats.



La cotisation doit être adressée par mandat-poste au trésorier, M. Ch. Terlinden, 61 Avenue Legrand à Bruxelles; ou versée, soit au Compte chèque postal n°. 79428 au nom du Congrès International d'Histoire-Bruxelles; soit au Compte du Congrès International d'Histoire à la Caisse Générale de Reports et de Dépôts, 11 Rue des Colonies à Bruxelles.

Le Comité Organisateur prendra des mesures pour faciliter aux congressistes le logement à Bruxelles; il s'efforcera d'obtenir des hôtels des conditions particulièrement avantageuses.

Il mettra tout en œuvre pour rendre aux congressistes le séjour à Bruxelles aussi agréable que possible.

Le Comité Organisateur fera parvenir ultérieurement à toute personne affiliée au Congrès et même à toute personne qui exprimera le désir de les recevoir, tous les documents nécessaires au sujet de l'organisation du Congrès: programme détaillé des travaux et des excursions, renseignements d'ordre matériel etc.

Il invite tous ceux qui portent intérêt aux travaux du Congrès et qui n'ont pas encore fait parvenir leur adhésion, à renvoyer dûment rempli et signé un bulletin d'adhésion au secrétaire.

Celui-ci se tient à la disposition des intéressés pour leur fournir tous les renseignements qui leur paraîtraient désirables et pour recueillir les annonces de communications.

## II.

### DE OUD-FRIESCHE HANDSCHRIFTEN.

Nogmaals richt de Commissie, welke zich ten taak gesteld heeft, de oude Friesche rechtsbronnen van de familie VON RICHTHOFEN aan te koop, zich tot alle intellectueelen in Nederland. Zij zal niet nog eens niteenzetten het groote belang, voor Friesland en voor geheel Nederland gelegen in de verwerving dezer handschriften. Kort geleden is dit wederom in het licht gesteld door Dr. C. P. BURGER Jr., bibliothecaris van de universiteitsbibliotheek der gemeente Amsterdam, in de laatst verschenen aflevering van *Het Boek*.

Tot haar leedwezen moet de Commissie komen met de mededeeling, dat de koopsom nog niet bijeen is. Van het geheele bedrag van f 15.000.— ontbreken nog f 2000.—. Zal op dit kleine bedrag de aankoop afspringen? Immers neen! Nu nog een laatste inspanning. Gij, die reeds gelden toegezegd hebt, verhoogt zoo mogelijk uwe bijdragen, en gij, talloos velen, die nog niets gegeven hebt, maar wel geven kunt, zendt ten spoedigste uwe bijdragen aan den secretaris-penningmeester. De handschriften *moeten* voor Nederland verkregen worden.

De Commissie voornoemd,

Dr. J. S. THEISSEN, Bibliothecaris der Rijks-Universiteitsbibliotheek,  
Groningen.

Dr. H. A. POELMAN, Rijks-Archivaris-Bibliothecaris, Leeuwarden.  
H. R. SCHAAFSMA, Secr.-Penningmeester, Leeuwarden, Tweebaksmarkt 38,  
postcheque- en girodienst No. 2517.

Leeuwarden, 15 November 1922.



Om het groote nationale belang dezer aangelegenheid zoo duidelijk mogelijk in het licht te stellen, drukken wij hier het stuk van Dr. BURGER af uit de laatst verschenen aflevering van *Het Boek*, benevens een reeds tevoren, in de *Nieuwe Rotterdamsche Courant* van 31 Augustus l.l., door Prof. J. W. MULLER tot het Nederlandsche volk gericht oproep tot bijeenbrenging van de voor den aankoop der handschriften benoodigde gelden.

#### ONZE OUDE RECHTSBRONNEN.

In de dag- en weekbladen kon men eenigen tijd geleden een dringenden oproep lezen, om de middelen bijeen te brengen tot aankoop van de oud-Friesche handschriften in 't bezit der familie VON RICHTHOFEN. „Nu, maar nu ook voor het laatst, bestaat voor Friesland de gelegenheid, terug te bekomen, wat dit gewest voor 65 jaar nooit had mogen verliezen”. Het bijzondere Friesche belang wordt hier op den voorgrond gesteld; zeker terecht, want juist in Friesland is ongetwijfeld in ruimen kring belangstelling voor de zaak te wekken, en van die oude gedenkstukken van Friesche taal, recht en geschiedenis voelt men daar de beteekenis allicht het levendigst.

Toch is het behoud van die oude handschriften veel meer dan een gewestelijk Friesch belang. Trouwens het is in 't algemeen onjuist en kortzichtig, Friesche en Nederlandsche belangen tegenover elkaar te stellen. Die oude Friesche handschriften zijn de oudste getuigenissen van het leven zelf van onze voorouders. Bij het leeren van onze vaderlandsche geschiedenis draait alles om Holland, omdat het graafschap Holland de grondslag vormt van onzen staat. Maar stellen wij niet den staat, maar het Nederlandsche volk in het middelpunt van onze geschied-voorstelling, dan kunnen wij bijna zeggen, dat het de oude stam der Friezen is, waaruit de Nederlanders zijn voortgekomen. En nu hebben we juist van die oude Friezen de rijke verzameling van wet- en rechtsteksten, die ons in hun eigene, eenvoudige en tegelijk beeldrijke taal de samenleving van onze voorouders schilderen, zooals geen chroniek, geen later geschiedenisboek dat kan. En de taal is voor den eersten den besten Nederlander niet zoo maar leesbaar, maar wel voor hem, die de moeite neemt zich er een beetje ernstig op toe te leggen.

Maar er zijn voor hem, die dit doen wil, groote bezwaren. Hij moet daarvoor ter hand nemen de *Friesche Rechtsquellen* van VON RICHTHOFEN. Het boek is sinds lang uitverkocht; men moet de hulp inroepen van een gelukkigen bezitter, van een antiquaar of van eene bibliotheek. En als men dan het boek voor zich ziet, is er groot gevaar, dat men door het uiterlijk wordt afgeschrikt, en bij doorzetting, dat de massieve druk van de teksten en het gemis van de noodige toelichting toch de voortgaande studie stuiten. Groot-quarto formaat, slecht Duitsch papier van tachtig jaren geleden, druk in twee of drie kolommen, een groot getal voetnoten, maar die alleen tekstvergelijking en geen opheldering geven. Het is wezenlijk alleen bruikbaar voor een vakgeleerde.

Het boek heeft ééne eenige prent, een gefacsimileerde bladzijde van een handschrift met de aanwijzing „fries. rechtsq. p. XV nr. I” door den binder — neen den innaaier — behoorlijk bij bladz. 15 ingehecht. Scherp steekt het blad af tegen de onoogelijke tekstbladen, het is een lust voor het oog. Maar



wie het wil lezen en graag den overeenkomenden druktekst naast zou zien, vindt dien niet. De prent behoort niet bij bladz. 15, maar bij bladz. 151, een curieus voorbeeld van een onopgemerkte en wezenlijk hinderlijke (steen-) drukfout. Men neemt het blad er uit en legt het op zijne plaats, en nu kan men naast elkaar in den Duitsch 19<sup>en</sup> eeuwſchen druk en in het oude ſchrift den aanhef lezen van den Brokmerbrief: "Thit iſt thiū forme kere, ther Brocmon ekeren hebbath...." Het iſt dus de keur die de Broekmannen „gekoren” hebben — de Broekmannen zijn door den geleerden Duitschen uitgever „Brokmer” genoemd, wat wij in onze taal niet kunnen overbrengen, en wat bovendien het teekenachtige van dien echt-Frieſchen en ook echt-Nederlandschen volksnaam geheel wegneemt. Maar wat iſt zoo'n wettekſt verder mooi, b.v. enkele regels lager de eed, dien de rechters — letterlijk de „rechtgevers” moeten zweren: "that hia buta pennigum and buta bedem helpa ſkele tha erma alſa tha rika, and tha fiundo alſa tha fruinde", dat zij buiten penningen en buiten beden helpen zullen de armen zoowel als de rijken, en de vijanden zoowel als de vrienden.

Met voorbeelden zullen we niet doorgaan; de tekſten zelf moeten geheel voor hedendaagsche lezers bereikbaar gemaakt worden. En er iſt nu kans, dat we dat gedaan zullen krijgen, als het belang niet alleen voor Frieſland, maar voor geheel Nederland maar wordt ingezien.

Zijn de handschriften weer te raadplegen, dan kan het degelijke maar ongenietbare boek van RICHTHOFEN gaandeweg vervangen worden door een nieuwe tekſtuitgaaf in ſmaakvoller vorm, in overzichtelijker ordening, met zorgvuldig herziene tekſten, in nog grooter volledigheid, en met de noodige toelichting. Onze helaas niet meer levende kenner van het Frieſch, kenner ook van onze oude historie en rechtſtekſten, A. TELTING, wilde reeds voor een jaar of twintig zulk een uitgaaf ter hand nemen, in samenwerking met F. BUITENRUST HETTEMA, onlangs ook overleden, maar de familie VON RICHTHOFEN was tot geen medewerking te bewegen. En toch, wie hier wetenschappelijk wil werken — wat volſtrekt niet gelijk behoeft te ſtaan met het leveren van ſmakeloos, dor werk; integendeel! —, die moet de bronnen zelve tot zijn beſchikking hebben. De handschriften moeten weer hier komen, ze mogen ons land niet voorbijgaan!

Iſt het wel te verontſchuldigen, dat voor een geval als dit onze regeering en onze wetenschappelijke inſtellingen op grond van den financiëelen toestand niet tot den aankoop meewerken? Neen, voor een aankoop als deze moest men desnoods iets anders achterſtellen. Deze gelegenheid komt nooit weer. Laten dus nu de Nederlanders die het kunnen, meewerken, de Friezen omdat het een Frieſch belang iſt, allen omdat het een zeer groot en hoog Nederlandsch belang iſt.

Dr. C. P. BURGER JR.

#### DE HERWINNING VAN EEN NATIONAAL GEDENKSTUK.

Wil mij enkele regelen vergunnen tot ſtaving van het onlangs ook in Uw blad openbaar gemaakte verzoek om geldelijken ſteun voor den terugkoop der Oudfrieſche handschriften, thans in het bezit der familie VON RICHTHOFEN. Het ſtaat namelijk te vreezen dat niet alleen wien dit aangaat d.i. allen, wien het



verleden en de eer van ons land en ons volk ter harte gaat, ten volle weten en beseffen wat hier op 't spel staat. Begrijpt men dit dat de eenige, denkelijk nimmer terugkeerende gelegenheid is om weer in ons land terug te brengen wat nooit van hier had mógen gaan, meer nog in de 19<sup>e</sup> eeuw — o schande! — voor een luttele som gelds naar den vreemde verkwanseld is, wat thans moet terugkeeren daar waar het thuis hoort: in een openbare boekerij van het oude Friesland, waar het voor goed en veilig bewaard en voor iederen belangstellende toegankelijk zal zijn; de grootste, voornaamste en belangrijkste verzameling van de oudste, schier de eenige gedenkstukken van het Oudfriesche recht en de Oudfriesche taal? Die handschriften zijn destijds — in zekeren zin gelukkig — terechtgekomen bij een deskundigen Duitschen geleerde, Dr. KARR FREIHERR VON RICHTHOFEN, die toen heeft gedaan wat hier te lande had behooren te geschieden: den hoofdzakelijken inhoud in druk uitgeven en voor de wetenschap bruikbaar maken. Maar wie zal durven beweren dat die handschriften daarmede hunne waarde hebben verloren? Niet alleen dat zij, de echte, oorspronkelijke bescheiden, hier, in hun vaderland, en nergens anders, bewaard behooren te worden; maar ook weet ieder deskundige, dat de uitgaven van dien tijd (1840) niet meer voldoen aan de strengere eischen, door de wetenschap thans gesteld, dat het derhalve vooral voor taalkundige onderzoekingen, waarbij zoo vaak later de aandacht gevestigd is op allerlei punten, die voorheen ten onrechte onbelangrijk schenen en dus door vroegere uitgevers verwaarloosd zijn, van 't grootste belang is in de talrijke gevallen van twijfel omtrent den juisten afdruk van het oorspronkelijk zich te kunnen vergewissen van den werkelijken staat van zaken. Dat de studie van het Oudfriesch hier te lande zoozeer kwijnt is immers voor een niet gering deel te wijten aan het gemis van een vasten, alleszins betrouwbaren grondslag, gevolg van de ontoegankelijkheid der voornaamste bronnen! Waar zijn nu de Friezen en Groningers — want het geldt op zijn minst evenzeer, het oude Friesche recht van Hunsingoo en Fioelgoo als dat van Westerlauwersch Friesland —, waar zijn nu de Friesche en Groningsche edelen en eigenerfden, prat op hun Oudfriesche stam en naam en taal, gewoon het „Fryslân boppe” te laten klinken, het „Frysk bloed” te laten „bruwze in d siede”, de „âlde eare” van den Frieschen grond te laten klinken en daveren ver in het rond? Zijn zij allen samen te arm aan geld, of aan werkelijke liefde voor eigen land en volksaard, aan besef der „oude eer” van hun grond, om enkele duizenden guldens bijeen te brengen; kunnen, mogen zij het aanzien dat deze schat niet terugkeert, maar voorgoed voor hun land verloren blijft?

Maar niet alleen Friezen en Groningers gaat dit aan. De Friezen hebben van ouds langs de geheele Noordzeekust, „van de Wezer tot het Zwin”, en ook een goed eind het binnenland in, gewoond; de Friesche taal heeft een duidelijk bezinksel achtergelaten niet alleen in de noordoostelijke, maar ook in de noordwestelijke tongvallen van ons land, sporen van het Friesche recht zijn in Holland, vrij diep landwaarts in, nog zeer lang te vinden geweest. De herovering dezer stukken mag dus ook een eereschuld heeten van ons geheele volk, waarvoor alle beoefenaars der geschiedenis van onze vaderlandsche taal en ons vaderlandsch recht op de bres behooren te staan. Er zijn reeds



zooveel monumenten onzer oude kunst en wetenschap naar den vreemde verhuisd; het zou een smet en een schande zijn, als deze gelegenheid tot herwinning van een in zijn soort eenig monument verzuimd werd.

Maar.... deze slechte tijden, de belastingen, de bezuiniging, de versobering? Wie gevoelt ze niet aan den lijve! Maar is onze nationale armoede dan nu zoo nijpend en zóó algemeen geworden, dat er alleen nog geld te vinden is voor allerlei op zich zelf zeker lofwaardige, maar toch dikwijls veel verder af liggende doeleinden? Zijn enkele duizenden guldens te veel voor een geheel volk; telt ons land in 't geheel geen vermogende particulieren meer, in staat en gezind om zijn land en volk dezen dienst te bewijzen? Of is er alleen, desnoods, nog eenig geld beschikbaar, wanneer het een schilderij of een bouwwerk, niet wanneer het een papieren monument geldt? En men vergeet niet: wanneer een of andere vreemde rijkaard uit een land met hooge valuta, liefhebber van „rariteiten” en „curiositeiten”, de lucht hiervan mocht krijgen, is het gevaar zeker niet denkbeeldig, dat de geheele verzameling voor een — voor zulk een liefhebber — geringe som verhuist naar en verdwijnt in een buitenlandsche particuliere verzameling, waar zij voor ons land en voor de wetenschap voor goed verloren, wijl ontoegankelijk is. Zelfs voor een curiositeit als het befaamde „Oera Linda Bok” zou zulk een oudheidminnaar allicht zooveel over hebben! Hier geldt het echter geen curiositeit, maar — ik herhaal het — de oudste, echte gedenkstukken van de taal en het recht van den oudsten Germaanschen stam, die ons vaderland bewoond heeft! Zal men die niet weer thuis en onder ons bereik brengen? Ik kan het niet gelooven; ik blijf vertrouwen, dat de (liefst groote) bijdragen zullen toestroomen aan het adres van den heer H. R. SCHAAFSMA, Tweebaksmarkt 38, (giro 2517), Leeuwarden.

J. W. MULLER.



# DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES VILLES DE COMMUNE D'APRÈS LE DROIT FRANÇAIS DU XIII<sup>E</sup> SIÈCLE.

PAR

E. CHÉNON (PARIS).

---

SOMMAIRE: 1. Les personnes morales au Moyen âge. — 2. Les villes de commune sont personnes morales. — 3. Leurs représentants, et leur sceau. — 4. Leur patrimoine; triple élément; *l'arca communis*. — 5. Les dépenses de la commune et les comptes des receveurs. — 6. Restriction à la capacité de disposer des communes. — 7. Les villes „bateices” ne sont pas personnes morales.

---

1. — On donne aujourd'hui le nom de *personnes juridiques* ou *morales* (expression assez bizarre) à des êtres de raison ou entités juridiques, auxquels, pour des motifs divers, la loi reconnaît la capacité nécessaire pour posséder un patrimoine et pour devenir le sujet des droits actifs ou passifs concernant les biens: telle est la définition courante. Ces personnes juridiques peuvent être, soit des agglomérations plus ou moins naturelles d'individus ayant des intérêts communs, soit des établissements où s'accomplissent des œuvres diverses, de charité ou d'instruction par exemple, et auxquels il est nécessaire, pour qu'ils durent, de reconnaître une existence propre, indépendante des individus qui les ont créés. Quelle que soit la forme adoptée par les personnes morales, forme qui peut entraîner certaines divergences, elles ont toujours entre elles divers points communs: — 1°. une existence propre; elles ont une personnalité juridique distincte de celle des individus qui peuvent les composer, et par suite une capacité



également distincte: *universitas distat à singulis*; — 2°. un patrimoine propre: *res universitatis non est res singulorum*; — 3°. une capacité limitée aux droits pécuniaires; les individus, personnes physiques, ont de plus des droits de famille; — 4°. le besoin d'un représentant, dont le fait les oblige: *proprium est universitatis habere syndicum*; sous ce rapport encore, elles diffèrent des personnes physiques, qui en principe agissent par elles-mêmes et ne peuvent être obligées que par elles-mêmes; — 5°. une durée indéfinie, en principe perpétuelle, tandis que la durée des individus est forcément finie et limitée par la mort.

En droit romain, les personnes morales étaient nombreuses et désignées par des noms divers: *universitates, respublicae, collegia, societates, corpora*, etc. Leur nombre toutefois était limité par l'obligation d'obtenir du Sénat ou de l'empereur la concession de la personnalité juridique; seuls, les *collegia tenuiorum*, autorisés d'avance, n'avaient pas besoin de la demander. Au Moyen âge, à l'époque féodale, des concessions de ce genre étaient inconnues; et par suite rien ne gênait la naissance et la multiplication des personnes morales. Elles se formaient d'elles-mêmes. Jamais la législation de l'époque, non plus d'ailleurs que le Code civil, n'a songé à les soumettre à un régime déterminé et autant que possible uniforme. Il n'y avait même pas d'expression fixe pour les désigner; on se servait, faute de mieux, des expressions romaines: *universitas, corpus, collegium*, etc. Elles obéissaient toutefois à certaines règles communes, qui permettent de les reconnaître. C'est ainsi qu'on peut affirmer que la personnalité civile appartenait: 1°. aux „Eglises et religions”, on dirait aujourd'hui aux établissements ecclésiastiques et monastiques; 2°. à certains autres établissements qui, par leur origine, se rattachaient encore à l'Eglise: hospices, maladreries, Universités; 3°. à des groupements volontaires et organisés, tels que les corporations; 4°. enfin à certaines villes, et en particulier aux villes de *commune*: ce sont ces dernières dont nous devons nous occuper.

2. — Les agglomérations naturelles formées par les habitants d'une ville ou d'un village étaient-elles, au Moyen âge, des personnes morales? Les habitants ont certainement des intérêts communs; et BEAUMANOIR déclare qu'ils forment des associations



obligatoires, qui ne peuvent se dissoudre, quelle que soit la volonté des parties <sup>1)</sup>. Mais ces sociétés ou „communautés”, pour employer l'expression de BEAUMANOIR, sont-elles des personnes juridiques? Pour répondre, il faut distinguer (et c'est encore BEAUMANOIR qui fait lui-même la distinction) les villes qui sont des *communes* et celles qui ne le sont pas <sup>2)</sup>. Les villes de commune sont celles qui ont reçu de leur seigneur une charte spéciale (*carta communiae*), leur conférant non seulement la franchise, mais encore l'autonomie municipale et le droit d'organiser elles-mêmes leur administration; cette charte est indispensable, mais elle n'est pas suffisante. La concession faite par le seigneur, constituant un *abrégement* de fief, n'est efficace qu'à la condition d'être confirmée par son suzerain, et depuis saint Louis par le roi <sup>3)</sup>. Une fois investi de sa charte avec la confirmation requise, le groupe d'hommes qui l'a obtenue jure de l'observer; et à partir de ce serment, la *communia* existe. Sa situation est réglée par la charte elle-même, plus ou moins complètement, plus ou moins clairement; mais cette charte forme un contrat synallagmatique qui s'impose aux deux parties: les *homines communiae* et le seigneur <sup>4)</sup>.

Les chartes étant dissemblables, il y a naturellement de nombreuses divergences entre les communes; mais il y a toujours un point commun: c'est qu'elles forment de véritables seigneuries féodales *collectives*, ressemblant sous beaucoup de rapports aux

<sup>1)</sup> BEAUMANOIR, *Cout. de Beauvaisis*, édit. SALMON, Paris, 1899—1900, in 8<sup>o</sup>., n<sup>o</sup>. 646: „Encore est-il une autre maniere de compaignie, la quelle ne puet partir ne se dessevrer, ainçois convient qu'ele tiegne, vueillent ou non les parties qui en la compaignie sont, fors en une maniere que nous dirons: c'est la compaignie des communautés.”

<sup>2)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, nos. 646 et 647: „Ceste compaignie se devise en II manieres. Car l'une des communautés si est par reson de commune otroiee de seigneur et par chartre..... L'autre maniere de compaignie qui se fet par reson de communauté, si est des abitans des viles ou il n'a pas commune, que l'on apele viles bateïces”.

<sup>3)</sup> Cfr. BEAUMANOIR, *ibid.*, n<sup>o</sup>. 1517: „De nouvel, nus ne puet fere vile de commune ou roiaume de France sans l'assentement du roi, fors que li rois, pour ce que toutes nouveletés sont defendues.”

<sup>4)</sup> Cfr. BEAUMANOIR, *ibid.*, n<sup>o</sup>. 646: „Teus maniere de compaignie si doit user selonc les poins de leur chartre”; — n<sup>o</sup>. 1516: „Especiaument les chartres des communes doivent estre gardees selouc les teneures de leur privileges, s'il n'ont tant laissié user ou contraire de leur privileges qu'il soient corrompu”.



seigneuries féodales ordinaires, notamment sous le rapport des droits de justice et des droits féodaux qui peuvent leur appartenir. Mais elles en diffèrent en ce sens que la seigneurie féodale ordinaire ne forme pas une personne juridique distincte de la personne du seigneur qui en est propriétaire, tandis que la commune possède une individualité énergique: elle est une personne morale; elle est en d'autres termes, comme disent les textes, *universitas et collegium, communia et collegium, corpus et communitas* <sup>1)</sup>. Ces expressions indiquent la personnalité juridique; mais celle-ci apparaît encore plus nettement dans un arrêt de la *Curia regis*, qui, à la suite d'une révolte des habitants contre leur évêque, supprima en 1295 la commune de Laon. Le roi déclare dans cet arrêt qu'il prive la ville „de tout droit de communauté et collège”; il lui enlève tous ses privilèges, et „autres droits appartenant à ladite communauté et collège”; il confisque „sa cloche, son sceau, sa caisse commune, et tout ce qui appartient au corps ou communauté”; enfin, ce qui est décisif, il se réserve de punir selon leurs mérites „chaque personne particulière de ladite communauté, et cette communauté elle-même” <sup>2)</sup>: le roi distingue donc la commune des personnes qui la composent; c'est net <sup>3)</sup>. — Les villes de commune sont donc sans conteste des *personnes juridiques*. Nous allons les étudier sous ce rapport, qui rentre dans le droit privé, en laissant de côté tout ce qui concerne leur organisation, leur administration, et leurs droits de justice, toutes matières qui rentrent dans le droit public.

3. — La personnalité juridique des communes s'incarne dans l'ensemble des magistrats communaux, c'est-à-dire suivant les cas: le maire et les échevins, le maire et les jurés, ou les pairs, etc. Les magistrats sont les représentants naturels de la commune, et ont le pouvoir de l'engager par leurs actes. Sur ce point, BEAU-

<sup>1)</sup> Cfr. *Olim*, arrêts de 1273 et 1295, *infra cit.*

<sup>2)</sup> *Olim*, arrêt de 1295 (éd. BEUGNOT, tome II, p. 385): „...omni jure communitatis et collegii.... et alia ad ipsam communitatem et collegium pertinentia..... campanam, sigillum, archam communem, et alia ad corpus seu communitatem pertinentia..... singulares personas dicte communitatis ipsamque communitatem.....”.

<sup>3)</sup> Cfr. BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1531: „Chascune persone de commune singulierement se puet acroistre es eritages vilains; se la commune se vouloit acroistre, il ne li seroit pas soufert”.



MANOIR est formel <sup>1)</sup>; et son affirmation est confirmée par les documents. Dans tous les contrats ou procès concernant les communes, on voit toujours figurer: *major et jurati* (Senlis), *major et scabini* (Amiens), *major et pares* (Beauvais). Parfois on trouve: *major et communia et jurati* (Saint-Jean d'Angély), *scabini et communia* (Lille), *scabini et communitas* (Amiens), *major et jurati et communitas* (Saint-Quentin); etc.

La personnalité juridique de la commune se manifestait matériellement, en quelque sorte, par la possession d'un sceau, qui lui était propre. Ce sceau n'était pas seulement une marque de la puissance publique qui lui appartenait, mais aussi une marque de sa personnalité. On l'appelait *sigillum communiae* (Dijon, 1275), *sigillum majoris et juratorum* (Compiègne, 1292), *sigillum civium* (Amiens), etc. On possède un grand nombre de ces sceaux, qui ont été publiés <sup>2)</sup>. La plupart ont un aspect militaire: le maire est représenté sous la figure d'un chevalier armé, soit debout, comme à Soissons, Compiègne, Senlis, soit sur un cheval au galop, comme à Poitiers, Chauny, Péronne, etc. Quelques-uns sont plus pacifiques: à Roye, Corbie, Mantes, le maire est à cheval, mais en costume civil; à Bruyères-sous-Laon, il est debout avec un rameau à la main. Plusieurs sceaux portent, au lieu de l'image du maire, celle de la ville, fortifiée ou non <sup>3)</sup>.

Le sceau de la commune était remis à la garde du maire. À Amiens, la matrice du sceau était renfermée dans une bourse que le maire portait constamment à la ceinture; à Saint-Omer, le sceau était conservé dans une „huche” à quatre clefs, qui étaient remises au maire et à trois autres magistrats <sup>4)</sup>. Quand il y avait des troubles dans une commune à propos des élections, quand deux maires par exemple se disputaient le pouvoir, le roi repre-

<sup>1)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 171: „Car les viles de communes ont leur maiours et leur jurés, là quel sont establi pour la commune et pueent perdre et gaaig-nier selonc la franchise qui leur est donnee par les poins de leur chartres”; *adde* n°. 157.

<sup>2)</sup> Cfr. dans DOUËT D'ARCQ, *Inventaire des sceaux des Archives nationales*, Paris, 1863-1868, 3 vol. in —4, la série des villes.

<sup>3)</sup> Pour plus de détails, cfr. LUCHAIRE, *Les communes françaises à l'époque des Capétiens directs*, Paris, 1890, in 8°, p. 103-105.

<sup>4)</sup> LUCHAIRE, *ibid.*, p. 103.



nait le sceau et les chartes de la commune, et chargeait un mandataire „idoine” de gouverner provisoirement la ville: c'est ce qui arriva notamment à Dijon en 1275 <sup>1)</sup>. Naturellement quand une commune était abolie, le sceau était confisqué: c'est ce qui se produisit à Laon en 1295 <sup>2)</sup>. — Le sceau communal servait à authentifier tous les actes intéressant la ville: contrats, accords, transactions, etc.; mais il n'était pas permis aux maire et échevins de l'employer pour leur usage personnel. En 1269, Robert Tarquaise, maire de Saint-Riquier, ayant contrevenu à cette règle, fut condamné par la cour échevinale à 500 livres d'amende <sup>3)</sup>.

Le sceau communal servait encore à sceller les *procurations* données par la ville à une personne déterminée pour la représenter en justice ou dans les contrats qui la concernaient; car la commune, en qualité de personne morale, était bien obligée d'agir par procureur <sup>4)</sup>. En principe, il est vrai, elle n'a pas besoin de procureurs spéciaux; car le maire et deux jurés suffisent pour la représenter en justice <sup>5)</sup>; et en fait, c'est ce qui se produit le plus souvent. Mais la commune pouvait aussi se faire représenter par un procureur spécial, qui était alors nommé par le maire et les autres magistrats municipaux. C'est ainsi qu'un acte du 23

<sup>1)</sup> *Olim*, arrêt de 1275 (tome II, p. 149—150): „Ordinatum fuit per curiam quod cartae et sigillum communiae Dyvionensis, pendente lite inter duos majores electos in discordia, in manu nostra servarentur; et quod institueretur aliquis idoneus ex parte nostra ad regimen ville Dyvionensis, dicta lite pendente”. Cfr. BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1520.

<sup>2)</sup> *Olim*, arrêt de 1295 (tome II, p. 385): „Campanam, sigillum, archam communem, .... ab eis penitus et in perpetuum abdicantes.”

<sup>3)</sup> *Olim*, arrêt de 1269 (tome I, p. 773): „Robertus Tarquaise, major ville Sancti-Richarii, circa exitum majorie sue, super quibusdam convencionibus ipsum tangentibus, sigillavit quasdam litteras sigillo ville Sancti-Richarii, sine voluntate et assensu sociorum suorum, et postmodum a subsequenti majore et sociis super hoc accusatus coram eis, etc.”

<sup>4)</sup> Cfr. *Etablissements dits de saint Louis*, éd. VIOLLET, II, 9: „Selon l'usage de la cort laie en cort de baronnie, nus procurators n'est receüz en cort laie, se ce n'est.... por cause de commun porfit de cité ou de vile....”; — et BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 154 et 155.

<sup>5)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 157: „Quant vile de commune a a fere, il ne convient pas que toute la commune voist au plet; ains soufist se li maires et II de ses jurés i vont; car cil troi pueent perdre ou gaignier pour la vile.”



avril 1267, relatif à des démêlés qui s'étaient élevés entre la commune de Poitiers et les lépreux de la ville, au sujet d'une foire, mentionne un procureur spécial „du maire et de la commune”<sup>1)</sup>. Ces procureurs spéciaux devaient être porteurs de lettres dûment scellées, qui déterminaient strictement leurs pouvoirs<sup>2)</sup>.

4. — En qualité de personne morale, la commune avait un *patrimoine* distinct de celui de ses membres, et dans la composition duquel entraient trois éléments différents: — 1°. d'abord une foule de choses qui forment ce qu'on appelle aujourd'hui le domaine *public*, mot inconnu au moyen âge, par exemple: les choses servant à tout le monde: routes, rues, chaussées, etc.; les choses affectées à un service public: la maison de ville (*domus communis*), le beffroi, signe de la puissance politique de la commune; enfin tout ce qui sert à sa protection: murs, tours, tournelles, fossés, portes, avec leurs clefs<sup>3)</sup>. C'est au maire et aux échevins qu'il appartient de veiller à leur entretien: „Li fossé et les fermeté de le ville, dit la seconde coutume d'Amiens au XIII<sup>e</sup> siècle, sont à soustenir et à retenir au maieur et as esquevins pour le commun de le ville; et li yretage appartenant à le communauté de le ville, si comme les maisons leur, les portes,

<sup>1)</sup> *Acte de 1267*: „.... presentibus Petro Alemanni, clerico, procuratore dictorum majoris et communie litteratorie destinato, Philippo Poverelli cive Pictavensi, procuratore dictorum capellani et leprosorum litteratorie destinato, ad hoc specialiter deputatis in hunc modum” (publié par C. DE LA MÉNARDIÈRE, *Introd. à l'hist. des établissements de charité à Poitiers*, Poitiers, 1874, in 8°, p. 38).

<sup>2)</sup> Cfr. BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 156.

<sup>3)</sup> Cfr. *Charte de Chaumont-en-Vexin* (1182), art. 8: „....omnia ad ville munitionem et firmitatem pertinentia”; — *Olim*, arrêt de 1272: „Homines Brivatenses amittent saisinam.... videlicet de muris, turribus, tornellis, de clavibus et custodia murorum et portarum ville, de gradibus murorum obseratis, de edificiis et impedimentis factis in muris et supra muros ville, et similibus corporalibus” (tome I, p. 897). — Pour les clefs des portes en particulier, cfr. *Olim*, arrêt de 1260 (*ibid.*, p. 471): „Cives Claromontenses petebant sibi restitui a domino rege saysinam clavium et sigilli ville Claromontis (in Alvernia), quam cepit supra eos dominus Nicolaus de Menoto, tunc ballivus Bituricensis, pro domino rege, de quibus clavibus et sigillo semper fuerant in pacifica possessione, ut dicebant. Etc.”. Adde un autre arrêt de 1295, relatif à la même question (*ibid.*, tome II, p. 386).



et les estaus à bouchiers, . . . . sont bailliés par maieur et par esquevins" <sup>1)</sup>).

2°. Le second élément du patrimoine des communes correspond à ce qu'on appelle aujourd'hui leur domaine *privé*: ce sont des immeubles ou des meubles susceptibles d'appropriation privée, tels des alleux, des fiefs, des censives. Les communes jouissent des revenus que peuvent procurer ces différentes sortes de biens, et les possèdent au même titre que les simples particuliers. Généralement, ce que les communes possèdent ainsi, ce sont des maisons, des halles, des étaux à bouchers <sup>2)</sup>, qu'elles ont achetées à prix d'argent, ou qui leur ont été donnés ou légués. C'est ainsi qu'en 1274, la commune d'Amiens acheta aux Frères prêcheurs toutes les maisons qu'ils possédaient dans différents quartiers de la ville <sup>3)</sup>. En 1296, son ancien maire Dreu Malherbe lui légua diverses autres maisons et des héritages <sup>4)</sup>. Les exemples abondent. De leurs maisons, les communes tiraient des revenus en les affermant. Les baux étaient passés par le maire et les échevins, dont parfois la capacité à cet égard était limitée. À Amiens, la Coutume leur interdisait les baux à vie, et ne leur permettait que les baux à terme <sup>5)</sup>. Quant aux héritages, tels que champs, prés, pâturages, eux aussi étaient généralement affermés, comme jadis les *agri vectigales* des cités romaines; mais parfois la jouissance des pâturages était laissée à l'ensemble des bourgeois, qui y envoyaient pacager leurs bêtes: ils formaient alors des *compascua*, des communaux, comme on dirait aujourd'hui. Ces terres ou pâturages avaient pu être acquis par la commune à une date plus ou moins récente; mais souvent ils pouvaient appartenir aux habitants de

<sup>1)</sup> Seconde coutume d'Amiens, art. 27, dans AUGUSTIN THIERRY, *Monuments inédits sur l'hist. du Tiers-Etat, Région du Nord*, Paris, in — 4, tome I (1850), p. 161.

<sup>2)</sup> Cfr. Seconde cout. d'Amiens, art. précité.

<sup>3)</sup> *Acte de déc. 1274*: „ . . . . vendidimus hereditarie majori et scabinis totique communitati civitatis Ambianensis omnes domos, census, possessiones, omniaque loca ad nos pertinencia, . . . . prout se comportant et situantur Ambiani, etc." (dans AUG. THIERRY, *op. cit.*, p. 230).

<sup>4)</sup> *Acte de juin 1296* (dans AUG. THIERRY, *ibid.*, p. 302).

<sup>5)</sup> Seconde Cout. d'Amiens, art. 27: „Les maisons et les cressonnières, et les autres rentes de la ville ne peuvent estre bailliez fors à terme; à vie n'ayretage on ne les peut baillier" (*ibid.*, p. 161).



temps immémorial, et constituer un débris des anciennes propriétés collectives du droit germanique <sup>1)</sup>.

Nous avons supposé plus haut que les communes pouvaient acquérir des *fiefs* ou des *censives* à titre onéreux ou gratuit. Elles avaient en effet la capacité nécessaire à cet égard, en leur qualité de personnes morales. Mais de semblables acquisitions, comme celles, plus nombreuses, que pouvaient faire les Eglises et les abbayes, étaient de nature à nuire aux seigneurs féodaux ou censiers. Non seulement ils perdaient, sinon en droit, au moins en fait, leurs droits de mutation : la commune ne mourait pas, donc plus de droit de relief ou de relevoisons ; elle aliénait rarement, car il fallait „l'acort du commun, laquelle chose n'estoit pas legiere à fere”, donc plus de droit de quint ou de lods et ventes. Mais en outre, BEAUMANOIR donne à entendre que les petits seigneurs auraient eu de la peine à se faire payer les cens et autres redevances dues par les puissantes communes <sup>2)</sup>. Aussi aux communes, comme aux Eglises, les seigneurs imposaient-ils l'obligation de vider leurs mains dans l'an et jour : BEAUMANOIR est très net sur ce point <sup>3)</sup>. C'est absolument la même théorie pour les communes que pour les Eglises. Elle aboutit aux mêmes conséquences, et notamment à la pratique de *l'amortissement*, que nous n'avons pas à étudier ici <sup>4)</sup>.

3°. Enfin il faut noter, comme troisième élément du patrimoine communal, un certain nombre de „droits incorporels”, qui

<sup>1)</sup> Ainsi la charte donnée en 1257 aux habitants de Pontailler (en Bourgogne) constate nettement que le droit de propriété des habitants sur les communaux existait déjà, donc antérieurement à la constitution de la commune.

<sup>2)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1531 : „Car mauvesement pourroit justicier uns petis sires l'heritage dont la proprietés seroit à une commune; et meismement ventes n'en pourroient puis venir au segneur s'ele n'estoit vendue par l'acort du commun, laquelle chose ne seroit pas legiere a fere; et si loit bien a chascun seigneur qu'il ne prengne si fort tenant qu'il ne le puist justicier se mestiers est”.

<sup>3)</sup> *Ibid.* : „Donques se aucuns teus eritages est vendus a commune, li sires puet deveer la saisine a fere; et se l'eritage fut laissies a la commune en testament, li sires de qui l'eritages muet li puet commander qu'ele l'ost de sa main dedens an et jour, en la maniere que l'en le fet des eritages qui sont lessié as Eglises (n°. 367).”

<sup>4)</sup> Cfr. LOISEL, *Instit. coutumières*, I, 1, règles 57, 58, 67.



pouvaient procurer des revenus aux communes. Tel était notamment le droit de percevoir les *tailles* sur les bourgeois <sup>1)</sup> et autres taxes municipales, ce que la charte de Noyon appelle les *consuetudines communionis* (art. 2). Ces tailles ou taxes pouvaient être fixées par la charte communale; ainsi à Saint-Quentin, Roye, Crespy-en-Valois, la charte établissait un impôt spécial sur les charrettes, destiné à la réfection des rues <sup>2)</sup>. Le plus souvent, les taxes étaient établies par le maire et les échevins, et variaient suivant les besoins de la commune. Il y eut sur ce point beaucoup d'arbitraire et d'abus. Au droit de tailler, il faut joindre celui de rendre la *justice*, qui était l'occasion de la perception de nombreux droits fiscaux, sans compter les amendes et les confiscations, dont le produit tombait dans la caisse commune.

Tous les revenus de la commune devaient être concentrés dans cette caisse, que les textes latins appellent *arca communis* et les textes français la *huche commune* <sup>3)</sup>. Elle était confiée à la garde d'un *receveur*, qui n'était qu'un simple comptable <sup>4)</sup>; seul, il pouvait conserver par devers lui, pour pouvoir plus facilement payer les dépenses, une certaine quantité des deniers de la ville: ce qui était interdit à tous autres; encore saint Louis, dans son ordonnance de 1256 sur l'administration des bonnes villes, lui défend-il de retenir ainsi plus de 20 livres à la fois <sup>5)</sup>.

5. — Après les recettes, il faut indiquer les *dépenses*. Les dépenses des villes étaient assez élevées. Il y avait d'abord: 1° les frais d'entretien des édifices communaux, le montant des répa-

<sup>1)</sup> Cfr. *Olim*, arrêt de 1272 (tome I, p. 897—898): „Item, de sigillo, de archa communi, de *tallia* facienda in villa, de aresatoribus, de juramenti receptione, de confratriis faciendis, et similibus incorporalibus....”.

<sup>2)</sup> *Chartes de*: Saint-Quentin, art. 18; — Roye, art. 16; — Crespy, art. 20.

<sup>3)</sup> Cfr. *Ordonnance de saint Louis*, de 1256, pour la Normandie, art. 4: „.... sed denarii ville in arca communi reserventur”; — pour l'Île-de-France, art. 5: „Mès les deniers de la ville soient gardez en la huche commune de la ville” (dans ISAMBERT, *Anc. lois françaises*, tome I, p. 279 et 277); — etc.

<sup>4)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1522: „Et quant teus contes est fes, l'en doit premierement fere conter ceus qui furent receveur des recoites....”.

<sup>5)</sup> *Ordonnance* précitée, art. 4: „Item, ordinamus quod nullus quicumque sit, preter quam ille qui facit expensas, denariorum ville penes se retineat. Et idem qui facit expensas plus quam viginti libras insimul habere non valeat”; — et pour le texte français, art. 5 (*loc. cit.*).



ractions des murailles, fossés, puits, gués, chaussées, etc., une certaine contribution à l'entretien des églises, des „moustiers”<sup>1)</sup>; — 2° les gages des magistrats et des officiers municipaux; — 3° les redevances et rentes à payer, soit au seigneur qui a octroyé la charte à cette condition, soit au roi pour les nécessités du royaume ou pour le rachat de l'ost prévu par diverses ordonnances (*tallia pro exercitu*), soit à des crédientiers vis-à-vis desquels la commune se serait engagée, soit aux seigneurs des censives et autres terres non amorties possédées par la commune; — 4° les sommes dues pour l'amortissement desdites terres, le cas échéant; — 5° les frais des procès faits dans l'intérêt de la commune, pour sauvegarder ses biens ou ses droits; — 6° l'usure à payer aux Juifs et aux Lombards à qui la commune a pu emprunter; et l'on sait que, malheureusement pour leurs finances, les communes empruntaient souvent.

Ces diverses charges finissaient par faire un total considérable. Si l'on y joint les dilapidations causées par la mauvaise administration ou même les malversations des magistrats municipaux, dont BEAUMANOIR trace un tableau très sombre<sup>2)</sup>, on ne s'étonnera pas que, dès l'époque de saint Louis, nombre de villes eussent des finances fort obérées. Des comptes fournis au roi en 1260 nous donnent des détails sur l'état financier de certaines communes, notamment de Rouen et d'Amiens: il n'était pas brillant. À Rouen, le bilan pour 1259 était (en chiffres ronds): recettes, 2300 livres; dépenses, 2700 livres; déficit, 400 livres. Pour combler ce déficit, Rouen emprunta 400 livres aux Lombards, et augmenta ainsi sa dette, qui était en 1289 de 7000 livres: 3000 dues aux Lombards, et 4000 au roi<sup>3)</sup>. À Amiens, la dette était plus forte encore; elle montait à 7815 livres, sans compter certaines créances non recouvrées qui étaient inscrites à l'actif. AUGUSTIN THIERRY a calculé que cette somme équivalait à 175500 francs en monnaie française actuelle, et comme le pouvoir de l'argent était alors environ six fois plus fort qu'en 1850 (date à laquelle écrivait

<sup>1)</sup> Cfr. BEAUMANOIR, *ibid*, n°. 647; „... si comme de leur moustiers refere et de leur voies amender, de leur puis et de leur gués maintenir ...”.

<sup>2)</sup> Cfr. BEAUMANOIR, *ibid.*, nos. 1522, 1524, 1525, 1527.

<sup>3)</sup> Pour les détails, cfr. GIRY, *Les Etablissements de Rouen*, Paris, 1883, in — 8°, p. 36.



AUGUSTIN THIERRY), on peut dire qu'Amiens en 1260 était dans la situation d'une ville qui en 1850 aurait dû plus d'un million de francs <sup>1)</sup>. Pour beaucoup d'autres communes, il en était de même <sup>2)</sup>.

Pour éviter un pareil état de choses, il eût fallu exiger des magistrats communaux et des receveurs des *comptes* rigoureux. En principe, ces comptes devaient être rendus „en la presence du commun”, ou tout au moins „en la presence d'aucuns establis de par le commun a oïr cel conte et a debatre loi se mestiers est” <sup>3)</sup>. BEAUMANOIR indique dans quel ordre le compte doit être fait, et quelle est la sanction en cas de déficit: „Et quant teus contes est fes, l'en doit premierement fere conter ceus qui furent receveur des reçoites, et après savoir qu'eles sont devenues; et de tout ce dont il ne pourront rendre bon conte, il doivent estre contraint au rendre sans delai par la prise de leur cors et de leurs biens” <sup>4)</sup>. — Mais si telle était la théorie, telle n'était pas la pratique. En fait, les magistratures municipales étaient devenues le monopole d'un petit nombre de familles riches. D'année en année, c'était de proches parents qui se transmettaient les fonctions de maire, échevins, ou receveur; ils se rendaient des comptes les uns aux autres, et se couvraient ainsi vis-à-vis „du commun” <sup>5)</sup>. Or, dit BEAUMANOIR, „li conte des choses communes ne doivent pas estre receu par ceus meismes qui ont a conter”; aussi recommandait-il au seigneur de la ville de faire rendre ces comptes suspects en sa présence ou devant ses „envoies” spéciaux, sans compter les „establis” du commun <sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Pour les détails, cfr. AUG. THIERRY, *op. cit.*, p. 221—222.

<sup>2)</sup> Pour plus de détails, cfr. LUCHAIRE, *op. cit.*, p. 200—205.

<sup>3)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1521, 1522.

<sup>4)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1522.

<sup>5)</sup> *Ibid.*: „Nous veons plusieurs bonnes viles que li povre ne li moyen n'ont nules des aministracions de le vile, ainçois les ont toutes li riche, parce qu'il sont douté du commun pour leur avoir ou pour leur lignage. Si avient que li un sont ou an maieur ou juré ou receveur, et en l'autre annee, le font de leur freres ou de leur neveux ou de leur prochiens parens, si que en X ans ou en XII, tuit li riche ont les aministracions des bonnes viles, et après, quant li commons veut avoir conte, il se cuevrent qu'il ont conté li un as autres.”

<sup>6)</sup> *Ibid.*: „Mes en teus cas ne leur doit il pas estre souffert . . . . Donques



Ces conseils donnés par BEAUMANOIR, saint Louis les avait mis en pratique par avance en 1256 en ordonnant aux maires et receveurs des bonnes villes du domaine royal de venir rendre leurs comptes tous les ans à la Saint-Martin „aux gens députés à ses comptes” : c'est la première fois qu'il est fait mention dans les actes royaux de ces „gens des comptes”, qui ne formaient pas encore une chambre distincte de la *curia regis*<sup>1)</sup>. Cette mesure sage, peu observée sans doute, ne réussit pas à améliorer la situation financière des villes de commune, et à empêcher de véritables faillites, suivies d'une liquidation que BEAUMANOIR décrit dans un passage curieux, mais hors de notre sujet (n°. 1527).

6. — Dans cette même ordonnance de 1256, pour éviter autant que possible l'accroissement de leurs dettes, saint Louis établit une restriction importante à la capacité de disposer des communes, et porte ainsi une certaine atteinte à leur personnalité juridique. Il leur interdit en effet de rien prêter ou donner sans son consentement, „fors vins en potz ou en bariz”<sup>2)</sup>. Cet article est très intéressant; car on y peut voir la première trace de ce principe,

---

doivent tel conte estre rendu en la presence du seigneur de la ville ou d'autres envoiés par le seigneur, et en la presence d'aucuns establis de par le commun a oïr cel conte ...”.

<sup>1)</sup> *Ordonnance de 1256*, texta latin, art. 1, § 2: „Et volumus quod in die predicta, videlicet in crastino dictorum apostolorum Simonis et Jude, et in quolibet anno, computetur de toto statu ville coram predictis tribus hominibus probis; et illum statum vel compotum ville afferant major et illi tres probi homines supradicti ad nostras gentes, que ad nostros compotos deputantur, in octabis sancti Martini hiemalis”; — texte français, art. 2: „Derechief, nous ordenons que li noviaus maires et li viez et quatre des preudes hommes de la ville, des quïex quatre li uns ou les deux qui auront reœu ou despandu cette année les biens de la ville, vieignent a Paris a nos gens aux octaves de la saint Martin ensuivant, pour rendre compte de leur recepte et de leurs depens”; (dans ISAMBERT, *op. cit.*, p. 278 et 277).

<sup>2)</sup> *Ibid.*, texte latin, art. 2: „Item, nos ordinamus et inhibemus communibus nostris bonis villis, sub pena corporum et bonorum suorum ubicumque sint, quod alicujus mutui contractum alicui facere non presumant, nec alicui doni maneriem facere non attemptent, nisi solummodo vini in potis vel cadis, sine licentia nostra”; — texte français, art. 3: „Derechief, nous ardenons et deffendons, sur corps et sur avoir, à nos communes et à nos bonnes villes, que il ne prestant ne ne doignent, à nulle maniere de prest ne de don, fors vins en potz ou en bariz, sans nostre congié”; (*loc. cit.*).



qui devait prévaloir plus tard, à savoir que les communes sont des *mineures*, qui doivent avoir le roi pour tuteur: c'est le commencement de ce qu'on appelle aujourd'hui la „tutelle administrative”. Le rapprochement entre les communes et les „sous-âgés” est déjà fait par BEAUMANOIR, qui accorde aux communes la *restitutio in integrum* contre les actes frauduleux accomplis par leurs maires, „par quoi la ville est deservitée ou endetée”: ces actes ne sont pas à „tenir”, mais doivent être annulés<sup>1)</sup>. BEAUMANOIR ajoute toutefois qu'il faut en cette matière procéder avec prudence pour ne pas nuire au crédit des villes. Autrement personne ne voudrait plus traiter avec les magistrats qui les représentent, si l'on pouvait toujours craindre l'annulation du contrat<sup>2)</sup>. Malgré cette réserve, le principe est posé, et l'assimilation des villes aux mineurs déjà faite: c'était pour BEAUMANOIR une faveur; pour les légistes qui viendront après lui, ce sera la justification de nouvelles restrictions à la capacité des villes, et pour le roi, le moyen juridique d'annihiler l'autonomie municipale au profit de la centralisation royale. On voit par là que c'est aux environs de l'année 1250 que la personnalité juridique des villes de commune a atteint son apogée; mais que peu après, sans cesser d'exister, elle a commencé à décliner, pour ne plus être finalement que celle d'un „enfant sous-aagié”.

7. — Pendant longtemps toutefois, les communes restèrent dans une situation supérieure à celle des villes „bateices”, qui, elles, n'étaient pas personnes morales. C'est ce qui résulte nettement d'un certain nombre d'arrêts de la *Curia regis*, qui déclarent: en 1273, que la ville de Pont-de-Roont (dépendance de l'abbaye de Saint-Denys) n'est „ni commune, ni collège, ni rien de tel”<sup>3)</sup>;

<sup>1)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n°. 1524: „Grans mestiers est aucune fois que l'en sequeure les viles de commune en aucun cas aussi comme l'en feroit l'enfant sousaagié: si comme se li maires ou li juré qui ont les besoignes a gouverner fesoient fraude ou malice par quoi la vile fust deservitée ou endetée, et il en avoient fet leur pourfit malicieusement; car en tel cas seroient il tenus a restorer le damage a la vile. Et s'il n'avoient tant vaillant, si ne devroit pas la chose tenir que fu mauvesement et malicieusement fete”.

<sup>2)</sup> *Ibid.*: „.... car autrement n'oseroit on marcheander ne fere convenance a ceus qui gouverneroient les besoignes des bonnes viles”.

<sup>3)</sup> *Olim*, arrêt de 1273 (*ibid.*, tome I, p. 936): „.... cum in villa ipsa non sit communia, collegium, vel aliquid tale. ...”.



en 1273 également, que Lyon „n'est ni commune, ni université, ni quelque collège”, et par suite ne peut avoir de sceau <sup>1)</sup>; en 1312, que les bourgeois d'Orléans ne forment „ni corps, ni commune” <sup>2)</sup>; en 1319, que le sceau dont usent les habitants de la ville de Chelles est faux, usurpé, et doit être brisé, parce que les dits habitants prétendent à tort former une commune <sup>3)</sup>, etc.

On peut se demander alors comment étaient gérés les intérêts généraux de ces villes, et comment étaient supportées les dépenses faites pour le profit commun. BEAUMANOIR dit „qu'il convient que chascuns pait son avenant des fres selonc droit” <sup>4)</sup>. Il admet en effet entre les habitants des villes bateices une certaine „compaignie” de fait et de droit; cela explique le mot *communitas*, qui commence à être employé dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle pour désigner les villes qui ne sont pas des communes <sup>5)</sup>. Pour régler les affaires intéressant la ville en général, les habitants de ces „communautés” s'assemblaient de temps à autre <sup>6)</sup>, prenaient des décisions pour lesquelles la majorité suffisait <sup>7)</sup>, et désignaient pour les exécuter un ou plusieurs mandataires, que BEAUMANOIR

<sup>1)</sup> *Olim*, arrêt de 1273 (*ibid.*, p. 933): „.... cum apud Lugdunum non esset nec communia, nec universitas, nec aliquod collegium, nec unquam fuisset...”.

<sup>2)</sup> *Olim*, arrêt de 1312 (*ibid.*, tome II, p. 587): „Cum datum sit nobis intelligi quod cives Aurelianenses, qui corpus et communiam non habent, sepe et sepius, pro sue libito voluntatis, faciunt inter se congregaciones et tractatus communes....”.

<sup>3)</sup> *Olim*, arrêt du 24 avril 1319 (*ibid.*, p. 682): „.... ac sigillum quo sigillatum erat tanquam falsum et usurpativum debere frangi, pro eo maxime quod.... habitatores ville de Kala communiam non habebant, et falso nomen majoris, juratorum, et communie sibi usurpabant; etc....”.

<sup>4)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n<sup>o</sup>. 647.

<sup>5)</sup> *Olim*, arrêt de 1296 (*ibid.*, p. 411): „Conquerentibus communitatibus seu habitatoribus villarum Sancti-Marcelli et Sancti-Germani-de-Pratis, prope Parisius....”; — arrêt de 1315 (*ibid.*, p. 624): „Cum cives et communitas habitatorum ville Parisiensis curie nostre conquesti fuissent....”; — etc.

<sup>6)</sup> *Olim*, arrêt de 1312 (*ibid.*, p. 587): „.... quomodo et qualiter ipsi inter se debeant congregari pro negociis communibus dicte ville (Orléans)....”; — etc.

<sup>7)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n<sup>o</sup>. 648: „Il ne convient pas quant l'en veut fere aucune chose pour le pourfit d'une vile que l'en le lait a fere, pour ce s'il ne s'i vuelent tuit accorder; ainçois soufist se la greigneur partie, a la quele partie il ait des mieus soufisans, si accorde.”



appelle *establis* <sup>1)</sup>). Mais ces *establis* ne représentent pas la ville, qui n'a pas de personnalité et ne peut être représentée. Il ne sont que les mandataires de ceux qui les ont nommés, et par suite les actes qu'ils pourront faire ne seront opposables qu'à ces derniers, et non aux autres, à moins que leur objet ne soit indivisible: tout ceci est bien indiqué par BEAUMANOIR <sup>2)</sup>, et n'est que la conséquence logique de ce que la ville batoise, la communauté d'habitants, n'est pas une personne morale. Elle le deviendra plus tard; mais au XIII<sup>e</sup> siècle, la ville de commune seule possède ce privilège <sup>3)</sup>).

<sup>1)</sup> BEAUMANOIR, *ibid.*, n<sup>o</sup>. 169: „Donques s'aucune vile vent mouvoir plet qui touche la communeté, il doivent establir pour aus tous une personne ou II ou III ou plus, s'il leur plect, et leur doivent donner pover de perdre ou de gaignier pour aus." BEAUMANOIR indique avec détail comment les *establis* doivent être nommés (*ibid.*, n<sup>os</sup>. 154, 155, 169).

<sup>2)</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup>. 154: „Et tuit cil qui s'i acordent doivent estre mis en escrit comme acordant, et tuit li non de cens qui s'en descordent doivent estre mis en escrit comme descordant, si que, quand li ples est finés, soit a perte soit a gaaing, que l'en sache liquel pueent perdre ou gaignier ou plet. Car s'il qui ne s'acordent pas au plet n'i doivent perdre ne gaigner."

<sup>3)</sup> Il faut y joindre, dans le Midi, les villes de *consulat*.



# THE ENGLISH TRUST

ITS ORIGINS AND INFLUENCE IN ENGLISH LAW <sup>1)</sup>

BY

W. S. HOLDSWORTH (Oxford).

---

The late Professor MAITLAND was the first to give an adequate account of the large influence which the English Trust has had upon many branches of English law public and private <sup>2)</sup>. When he gave that account he in effect wrote a new chapter in English legal history, the real importance of which had never been realized by English lawyers, because the Trust concept was so familiar to them that they had never stopped to consider either its far-reaching influence or its very insular character. It is because its influence has been so far-reaching and because its character is so very insular that I think that this audience may like to hear something more of the historical reasons why English law came by this Trust concept, and why its influence has been so far-reaching. I shall therefore speak first of its historical origins, and then go on to say something of its influence, and of the juridical reasons for that influence in English law.

## I.

### HISTORICAL ORIGINS.

The Trusts of our modern English law are the lineal descendants of the mediaeval 'Opus' or 'Use'. It is true that legislation, especially the famous Statute of Uses of 1535, and later developments of equity, have created differences between the

---

<sup>1)</sup> A paper read in the Legal History section of the International Historical Congress held at Brussels in April 1923.

<sup>2)</sup> *Trust and Corporation, Collected Papers* iii 321—404.



Use and the Trust. But in the most important essentials the Use and the Trust are identical; and it is with these essentials that I am here mainly concerned. Unless therefore it is necessary to distinguish the two things I shall use the two terms as names for the same conception.

Early writers on the Use had no hesitation in looking to Roman law for its origin. They all dwell upon the analogy which exists between the position created by the grant of a *usus* or *usufructus* or *fidei commissum*, and the position created by the gift of property to A to the Use of or in Trust for B<sup>1</sup>). But the existence of an analogy is one thing; the proof that the later in date of these two analogous things is derived from the earlier is quite another. Every one is now I think agreed that these institutions of Roman law are merely analogies of a superficial kind; and that though some of them may have had some slight influence on the development of the Use in the thirteenth and fourteenth centuries, we must look elsewhere for its origin. Mr. Justice HOLMES was the first to point out that the root idea underlying the conception of the Use was to be found among the Germanic tribes<sup>2</sup>). That root idea consists in the recognition of the duty of a person to whom property has been conveyed for certain purposes, to carry out those purposes; and early Germanic law found in the 'Salman' or 'Treuhand' the machinery by which effect could be given to this duty<sup>3</sup>). Germanic law therefore was familiar with the idea that a man to whom property has been conveyed to the Use of or in Trust for another was bound to fulfil his trust. And there are many illustrations both in England and on the continent of the extensive use made of this idea<sup>4</sup>). Thus, Frankish formulæ of the Merovingian period speak of

<sup>1</sup>) GILBERT, *Uses* 3; SANDERS, *Uses* 1—8; BL. *Comm.* ii 327—328; SPENCE, *Equitable Jurisdiction* i 436; DIOBY, *History of the Law of Real Property* (4th Ed.) 314—316. But note that BACON in his *Reading on the Statute of Uses, Works* (Ed. SPEDDING) VII 407—408 treats these Roman law analogies merely as analogies.

<sup>2</sup>) L. Q. R. i 162; *Essays in Anglo-American Legal History* ii 705—716.

<sup>3</sup>) See CAILLEMER, *L'Execution Testamentaire* 124 n. 2, 561—564; GOFFIN, *The Testamentary Executor* 24, 26—27.

<sup>4</sup>) See the instances collected in POLLOCK and MAITLAND, *Hist. Engl. Law* (1st Ed.) ii 231—232.



property given to a church 'ad opus sancti illius'; Mercian land books of the ninth century convey land 'ad opus monachorum'. Domesday Book speaks of geld or money or sac and soc held 'ad opus' regis or reginae or vicecomitis.

But, till the law develops into a regular system the place which this vague idea will take in relation to its various parts cannot be fixed. This development began with the legal renaissance of the twelfth and thirteenth centuries; and it is the very different effects which that legal renaissance had upon the development of English and continental law which accounts for the peculiar development of the Trust in England. The continental legal development was very much more directly affected than the English by a Roman law, adapted to mediaeval conditions by the schools of the glossators and the post-glossators, and to modern conditions by the jurists of the age of the Reception and their successors. The result was that many primitive legal ideas disappeared, and were replaced by rules drawn from a Roman law which had been thus adapted to modern conditions. In England, in the twelfth and early thirteenth centuries, the influence of Roman law, exerted through a strong central court and by literate lawyers of the school of GLANVIL and BRACTON, had created a native body of law which was capable of standing alone, and of developing along its own insular lines; and at the end of the thirteenth century that influence ceased. The result was that many primitive ideas, which were gradually eliminated from continental systems of law, were developed by English lawyers into quite peculiar and quite original institutions and bodies of legal doctrine. Well known illustrations are the English jury system, the English system of pleading, the English system of local selfgovernment, and the manner in which the pervading mediaeval idea of the supremacy of law was converted into the fundamental constitutional doctrine of the supremacy of the common law. It was the same with this Trust concept. It was preserved, and so developed that it became a unique body of doctrine; and its development was also unique.

We have seen that the Salman was the institution by means of which effect could be given to the broad principle that a person to whom property had been given to the Use of or on



Trust for another ought to fulfil his trust. Now the breadth of this principle made it capable of the most diverse applications. The *Salman* could be used as a testamentary executor, or as a bailee, or as an agent, or as a feoffee to whom land is conveyed on trust. But the position which the idea embodied in the institution of the *Salman* took in the developed common law was necessarily conditioned by the accidents of the history of that common law. That part of the law relating to the testamentary executor which was concerned with his duty to the legatee was turned over to the ecclesiastical courts. The ecclesiastical lawyers naturally adopted Roman analogies and spoke of him as a *heres*; and in later days, when the court of Chancery had ousted the ecclesiastical courts, that court naturally applied to him many of the rules which they had evolved for the trustee. The duties of a bailee and an agent to their bailor, principal, or third parties were protected by the common law by means of developments in the personal actions. If, for instance, A handed chattels to B to the use of or for the benefit of C, and B did not hand them to C, C had a remedy. BLACKSTONE saw that this was an application of the Trust concept. After remarking that Trusts were peculiarly within the province of the court of Chancery, he says <sup>1)</sup>. "There are other trusts which are cognizable in a court of law: as deposits and all manner of bailments; and especially that implied contract . . . . of having undertaken to account for money received to another's use, which is the ground of an action on the case almost as universally remedial as a bill in equity."

But by far the commonest of these Uses and Trusts in the Middle Ages were Uses and Trusts of land. There were several reasons for this. The first and most important was the fact that in the Middle Ages chattels consisted of such things as cattle, furniture, armour, or books, which are of a destructible character. Mainly for this reason permanent trusts of these things are not very common even at the present day. It was not until the seventeenth century, when we begin to see accumulations of capital invested in the form of transferable stock, that we get forms of personal property which partake of the permanent character of

<sup>1)</sup> *Comm.* iii 432.



land. It is not till then that trusts of personalty become as general and important as trusts of realty. Secondly, in the Middle Ages the land law was the most important and the most highly developed branch of the common law; for in England, as in other feudal societies, it necessarily covered many relationships which in later law were taken over by the law of obligations. And because it was the most highly developed branch of the common law it suffered most from those vices of rigidity and technicality which are the characteristic features of the common law of the fourteenth and fifteenth centuries. But the habit of conveying land to the use of or on trust for another was common <sup>1)</sup>; and it was by no means certain in the age of BRACTON that the common law would not recognize the interest of the person to whose Use another held <sup>2)</sup>. But in 1379 all the judges were consulted by Parliament as to whether a request made by Edward III to his feoffees to Uses could be recognized by the common law; and they replied unanimously that it could not, unless it complied with the strict rules relating to common law conditions <sup>3)</sup>. Clearly the Use or Trust had been banished from the land law.

But the Use or Trust of land was too convenient and too widespread an arrangement to disappear in consequence of this attitude of the common law. The attempt of the Franciscans to live without property illustrated its power on a European stage <sup>4)</sup>. In England, as elsewhere, the friars soon found themselves in the position of *commodatarii*, or *usufructuarii*, or the beneficiaries of an 'opus' or 'usus' <sup>5)</sup>; and in 1279 the bull *Exiit qui Seminatus* <sup>6)</sup> declared that this usus was not property. But an arrangement which makes the legal owner of property the executor of the wishes of the beneficiary with regard to it, will enable the beneficiary to deal freely and easily and secretly with the property

<sup>1)</sup> POLLOCK and MAITLAND, *Hist. Engl. Law* ii 233.

<sup>2)</sup> BRACTON'S *Note Book*, cases 641, 754, 999, 1244, 1683, 1851.

<sup>3)</sup> *Rot. Parl.* ii 61 (2 Richard II n<sup>o</sup>. 26).

<sup>4)</sup> LEA, *History of the Inquisition* iii 5—8, 27—30, 130—146; POLLOCK and MAITLAND, *op. cit.* ii 229, 235—236.

<sup>5)</sup> *Monumenta Franciscana* (R. S.) 16, 17, 494, 490—507.

<sup>6)</sup> *Lib. V. Sexto XII. 3.*



either in his life time or after his death. It will give the beneficiary all the advantages of property, and yet leave him subject to none of the legal liabilities which property entails. So valuable a device was not likely to be abandoned by owners of property because the common law declined to recognize it. But its adoption raised serious problems for the state. To ignore it wholly was to put a premium on fraud, which was quite contrary to the mediaeval idea that the ultimate purpose of the law was the maintenance of justice and equity <sup>1</sup>). On the other hand its protection might easily lead to frauds and evasions of legal liability injurious both to individuals and the state. The way in which the problem was solved is the key to the reason why English law has come by its peculiar law of Trusts. On the one hand the interest of the beneficiary of the Use was protected by the court of Chancery: on the other hand that interest was controlled by the legislature. Let us examine briefly the effects of this protection and this control.

(1) Though we must look to the *Salman* for the origin of the idea that property could be entrusted by its owner to a person who was bound to deal with it according to the wishes of the owner, by far the most important application of that idea in English law arises from the manner in which the court of Chancery protected the interests of the person who had conveyed the property on trust, and of third persons for whose benefit it was thus conveyed on trust. The Use or Trust of today is the product of the equitable jurisdiction of the Chancellor <sup>2</sup>). Just as the original conception of equity — the conception that justice ought to be done even at the cost of non-compliance with the strict letter of the law — obtained in England a unique technical meaning because, owing to the rigidity of the common law, a separate court was entrusted with its administration; so, for the same reasons, the interest of the persons to whose use another held property acquired in English law a unique character. This will be apparent if we look at the manner in which the position, firstly of the feoffees to uses or trustees, and secondly of the *cestui-que use* or beneficiary was defined.

<sup>1</sup>) See *Rot. Parl.* iii 511 (4 Hy. IV. no. 112).

<sup>2</sup>) AMES, *Essays in Anglo-American Legal History* II 742.



(i) At law the feoffees to uses or trustees were the absolute owners of the property of which they had been enfeoffed <sup>1)</sup>, and they were subject to all the liabilities of ownership <sup>2)</sup>. In equity they were compelled to use their powers as legal owners for the benefit of the cestui-que use. They must suffer him to take the profits of the land <sup>3)</sup>; they must convey the land in accordance with his directions <sup>4)</sup>; and they must take all necessary legal proceedings to defend the title to the land <sup>5)</sup>. (ii) It thus appears that the rights of the cestui-que use or beneficiary was a right, not to the property, but against the feoffees to uses or Trustees. In early days, it would seem, this right was of a strictly personal character, and that there was no remedy even against the heir of a feoffee <sup>6)</sup>. But in the course of the fifteenth century his rights were gradually enlarged by giving him a remedy against other persons. The Chancellor laid it down that the conscience of any one was affected by the Use or Trust who had taken the property with notice (actual or constructive) of the Use or Trust <sup>7)</sup>, or who had taken the property gratuitously, whether or not he had notice of the Use or Trust <sup>8)</sup>. It was only if a person took the property for value and without notice <sup>9)</sup>, or by a title paramount to that of the feoffees or trustees <sup>10)</sup>, that he was not bound by the Use or Trust. Thus the interest of the beneficiary had become almost property — a right which was valid as against almost the whole world; and this is the essence of the equitable ownership of our modern English law.

In moulding the incidents of this new equitable ownership

<sup>1)</sup> *Y. B.* 4 Ed. IV Pasch. pl. 9.

<sup>2)</sup> *Y. B.* 14 Hy. VIII Mich. pl. 5 (p. 5) *per* Newdigate *arg.*

<sup>3)</sup> *Saundres v. Gaynesford* (Hy. VI) 2 Cal. Ch. XXVIII.

<sup>4)</sup> This is the usual prayer of the early bills in Chancery, 1 Cal. Ch. LVII, XCI, CV; 2 Cal. Ch. III, XIX, XXIII, XXXVI, LI, LXVII, LXXV.

<sup>5)</sup> *Y. B.* 7 Ed. IV. Hil. pl. 15 (p. 29).

<sup>6)</sup> See *Y. B.* 22 Ed. IV Pasch. pl. 18 *per* Huse C. J.; *cp.* *Y. B.* 8 Ed. IV Trin. pl. 1 *per* Choke 9.

<sup>7)</sup> *Y. B.* 5 Ed. IV Mich. pl. 16.

<sup>8)</sup> *Ibid*; *Y. B.* 14 Hy. VIII Mich. pl. 5 (p. 7) *per* Fitzherbert J.

<sup>9)</sup> *Y. B.* 14 Hy. VIII Mich. pl. 5 (p. 8) *per* Brook J.

<sup>10)</sup> *Ibid*; Brook, *Ab. Feffementes al Use* pl. 40; *Y. B.* 27 Hy. VIII Mich. pl. 21 *per* Fitzherbert J.; *Chudleigh's Case* (1589–95) 1 Co. Rep. at f. 122a.



the Chancellor started from the basis of the legal ownership of the common law. But he followed the law very critically-amending and supplementing it. In fact he compelled the feoffees to uses to carry out any directions given by the cestui-que use which were not positively illegal. Thus the cestui-que use got a very large number of powers over the property which were denied to the legal owner by the strict rules of the common law. He got for instance a testamentary power which was then denied to landowners; and there is no doubt that this was the chief cause for the popularity of uses <sup>1)</sup>. He could create future estates in the land unknown to the common law <sup>2)</sup>. He could found charitable institutions and give directions for their management <sup>3)</sup>. He was freed from the restraints of form which the common law imposed upon dispositions of property <sup>4)</sup>. Above all he could escape from all the burdensome incidents of feudal tenure <sup>5)</sup>. But, in thus moulding the incidents of the estate of the cestui-que use, the Chancellor had concentrated his attention upon the rights and powers of the cestui-que use. The question of his legal liabilities never arose, as they were annexed to the legal estate. But some of the results of the wholesale evasion of legal liability thereby rendered possible were serious; and so, very soon after the Chancellor had begun to convert the interest of the cestui-que use into a form of property, the legislature found it necessary to intervene in the interests both of honest dealing and of public policy. Let us now turn to this legislative control which has had some, though not nearly so great an influence as the action of the Chancellor, in shaping the law of Trusts.

(2) In the Middle Ages the legislature intervened to prevent these Uses or Trusts from being used for purposes of fraud. As

<sup>1)</sup> *Doctor and Student* II c. 22; BACON. *Reading on the Statute of Uses, Works* (Ed. Spedding) VII 409.

<sup>2)</sup> *Doctor and Student* II c. 22; MADOX, *Formulare* nos. 747, 749.

<sup>3)</sup> *Test. Ebor.* (Surt. Soc.) iii 25, 158.

<sup>4)</sup> As BACON picturesquely put it, *Reading* at p. 407, "Conveyances in uses were like privileged places or liberties; for as there the law doth not run, so upon such conveyances the law could take no hold".

<sup>5)</sup> The feoffees to uses were a body of joint tenants; if one died the property survived to the others, so that no relief was payable, there could be no escheat, and no wardship or marriage.



early as 1377 it interfered to prevent frauds upon creditors <sup>1)</sup>; in 1392 to prevent evasions of the statutes of mortmain <sup>2)</sup>; and in 1378 to prevent conveyances to the uses of great lords that they might maintain the doubtful title of the conveyor <sup>3)</sup>. But it did little else. In particular it did nothing to prevent the evasions of the incidents of feudal tenure rendered possible by the Use. It is clear that, long before the fifteenth century, any meaning which these incidents of tenure had once had had departed. They were merely pecuniary exactions, profitable to the king or other lord entitled, and very burdensome to the tenant. Both the king and other lords lost by their evasion. But while the lords on the whole gained, because, though lords in respect of some parts of their possessions, they were tenants in respect of others, the king always lost. He alone was always lord and never tenant. To the mediaeval king who must not only live of his own, but also pay the expenses of government from the same source, this evasion of the incidents of tenure was a serious matter. The revenue of the state was gravely diminished. But, till the strength of the monarchy was restored by the House of Tudor, no king was strong enough to prevent this evasion. It was not till the reign of Henry VIII that any serious attempt was made to deal with this question; and even Henry VIII found it no easy matter to induce Parliament to legislate upon it. Eventually the king, by skilfully playing upon the jealousy felt by the common lawyers for the Chancellor's jurisdiction, secured the adherence of the common lawyers to his scheme, and the passage in 1535 of the famous Statute of Uses <sup>4)</sup>.

In effect the Statute took in certain cases the legal estate in the land from the feoffees and vested it in the cestui-que use — thus giving the common law courts jurisdiction over a large class of these uses. The result was to give a new elasticity to the land law, which enabled this essentially mediaeval body of law to be

<sup>1)</sup> 50 Edward III c. 6; cp. also 2 Richard II St. 2. c. 3; 3 Henry VII c. 5; 19 Henry VII c. 15.

<sup>2)</sup> 15 Richard II c. 5.

<sup>3)</sup> 1 Richard II c. 9; cp. also 4 Henry IV c. 7; 11 Henry VI c. 3.

<sup>4)</sup> See an article by the author of this paper on the Political Causes which shaped the Statute of Uses, *Harv. Law Rev.* XXVI, 108—127.



adapted to modern conditions. It now became possible to deal with the legal estate in the same easy manner as it was possible to deal with the use; for when once the use was created the Statute transferred to the beneficiary the legal estate. Landowners thus got a large addition to their powers of dealing with their property, and an improvement of the means by which these powers were exercised. But obviously the Statute annexed to the beneficiary's estate all the liabilities and disabilities of legal ownership, and it took away from landowners all testamentary power. The latter power indeed Henry was obliged to restore in part five years later. But he succeeded in recovering some part of his feudal revenue derived from the incidents of tenure; and the incidents of tenure remained as serious burdens on the landowner till their abolition in 1660.

The Statute thus had large effects upon the land law. In fact it is by far the most important statute passed to control the development of the law of Uses and Trusts. But it did not apply to all Uses and Trusts — it applied neither to active trusts, nor to trusts of personal property. The court of Chancery had, at the beginning of the seventeenth century, successfully resisted the attack made upon it by Coke, and had won a position of equality with, and in some respects of superiority to, the courts of common law. Thus in the succeeding centuries it was able to develop freely its Trust concept from its mediaeval basis, and to adapt it to very many different needs. It is these developments which have made this Trust concept all important and all pervading in our modern law. So much so that when the Law of Property Act comes into force in 1925, all future interests in land, which might have been created either at common law or under the Statute of Uses, will be legally impossible, and can be limited only through the instrumentality of a Trust<sup>1</sup>). But to under-

---

<sup>1</sup>) "Interests in land validly created or arising after the commencement of this Act, which are not capable of subsisting as legal estates, shall take effect as equitable interests, and save as otherwise expressly provided by this Act, interests in lands which under the Statute of Uses or otherwise could before the commencement of this Act have been created as legal interests shall be capable of being created as equitable interests," Law of Property Act 1922 § 28(3), 12, 13 George V c. 16.



stand the reasons why the Trust has gained this important position in our modern law we must pass to our second head, and consider the various spheres of its influence, and the juridical reasons for that influence.

## II.

### THE INFLUENCE OF THE TRUST CONCEPT AND THE REASONS FOR THAT INFLUENCE.

The influence of the equitable trust has been more far reaching than the influence of the uses affected by the Statute of Uses. These uses have affected only the land law. The equitable trust has affected not only the law of property, but also the law of the family, and some parts of our public or semi-public law. Let us glance rapidly at these three spheres of its influence.

(i) The two main branches of the law of property affected by the equitable trust have been the law as to chattels personal, and the law as to executors and administrators. When the Statute of Uses was passed the law as to chattels personal was in a rudimentary state. It was regarded rather as a branch of the law of crime or tort than an independent branch of the law; and uses of these chattels were not affected by the Statute of Uses. But the growth of commerce soon made some of these chattels personal more important than interests in land. Such chattels as stocks and shares resembled land in that they were permanent in character and produced an income. The owners of such chattels therefore desired to be able to deal with them as a landowner deals with his land. By means of the equitable trust such dealings could be easily effected. They could be settled to go in succession to a number of limited owners, and powers of appointment could be created over them. Similarly, when the court of Chancery absorbed the powers of the ecclesiastical courts over the administration of the estates of deceased persons, it easily applied its rules as to the rights and duties and liabilities of trustees to the personal representative. It is the application of these equitable rules to the representative which has created the largest part of our modern law on this subject. Moreover it is clear that the great changes made in the English law of property by the Act of



1922 could not have been effected if it had not been possible to preserve in a large measure the existing legal powers of land-owners of means of the equitable Trust.

(ii) The two branches of our family law which the equitable trust has created are the law as to married women's property, and a considerable part of the law of infancy and guardianship. The denial of all proprietary capacity to the married woman by the common law was remedied by the invention of property vested in trustees to her separate use. Over this property she was gradually given a complete power of disposition. Thus by means of a properly drawn settlement the married woman was given all, and sometimes more than all the advantages which she would have enjoyed if the common law had treated her proprietary capacity as normal. The law of infancy and guardianship had remained in a rudimentary state largely owing to the long life of feudal wardship. When the disturbing influence of this mediæval institution was swept away in 1660, it soon appeared that there was a gap in our family law which the institution of the trust was peculiarly well adapted to fill.

(iii) In thus filling up the gaps in the law of property and in family law the equitable trust did some of the work which was done abroad by the adaptation of the principles of Roman law to the needs of the modern state. The subject matter of the English rules was very different from the subject matter of the continental rules; but both in England and abroad bodies of law were developed which dealt with analogous social needs and social relations. The influence of the equitable trust upon our public or semi-public law is wholly unique. MAITLAND in his paper on Trust and Corporation<sup>1)</sup> has explained how, by its means a set of institutions and a body of law was developed which has no parallel in any continental state. But to explain this it is necessary to recall briefly one or two of the salient features of the public law of this and the following centuries in England and abroad.

In the Middle Ages the law knew many miscellaneous communities and groups which performed many miscellaneous func-

<sup>1)</sup> *Collected Papers* iii 366–403.



tions-governmental, charitable, religious, and social. But these groups assorted badly with the new system of government which was being developed in the sixteenth century, since that system depended upon royal officials controlled from the centre. They assorted as badly with the new view taught by the Roman lawyers, that only a person natural or artificial could be recognised as capable of rights and duties: and that an artificial person could only be created by the sovereign. It followed that these unincorporate groups were incapable of owning property; and without property the activities of a group must be very limited. Thus we find that abroad these miscellaneous mediaeval groups gradually disappeared, or became recognised corporations. In England we can see plain traces of similar legal doctrines. The common lawyers laid it down in the late fifteenth and sixteenth centuries that no unincorporate group can own property <sup>1)</sup>. But both the law and the institutions of England in the sixteenth century retained a much larger mediaeval element than the law and institutions of continental states. Many of these unincorporate groups were both alive and active. Counties, hundreds, and parishes were essential parts of the machinery of government; and, whatever the lawyers might say, they sometimes possessed property <sup>2)</sup>. And the lawyers themselves were organized in unincorporate Inns of Court, which, even in the sixteenth century, were owners of property on a fairly large scale. Thus (whatever legal theorists might say) the obvious facts of important sides of English life were favourable to, we might almost say necessitated, a recognition of these various groups.

The legal recognition which the common law found itself unable to give was supplied by the machinery of the equitable trust. These groups might not be able to own property, but property could be held on trust for them. As early as Henry VIII's reign Sir Thomas More the Chancellor entertained a suit by parishioners to enforce their rights to certain guilds lands <sup>3)</sup>; and it is clear from the Elizabethan statutes relating to charitable

<sup>1)</sup> *Y. B.* 13. 12 Hy. VII *Trin* pl. 7 (p. 29); *S. cap.* 13 Hy. VII Mich. pl. 5.

<sup>2)</sup> *Porter's Case* (1592) 1 *Co. Rep.* at f. 24b.

<sup>3)</sup> *Elowe and others v. Thomas Taylor* 1 *Cal. Ch.* CXXIX.



trusts that much property was held by trustees for the most various charitable purposes <sup>1)</sup>. But a device by which a group of persons may, through the medium of trustees, be given the legal enjoyment of property, to be used for the furtherance of the purposes for which the group has come together, is capable of the most diverse applications; and from the sixteenth to the twentieth century it has been employed to effect the most various purposes. In the religious world it has helped forward the cause of freedom of conscience, because nonconformist bodies, whom the state would hardly tolerate, have been able to enjoy property and apply it to the maintenance of their religious views. In the political world it was used in the eighteenth and early nineteenth centuries to eke out the deficiencies of municipal government, by the creation of bodies of trustees to carry out such duties as those of lighting, paving, drainage, and road making. In the commercial world it has been used to create organizations of persons engaged in a particular trade, such as Lloyds and the Stock Exchange, which exercise large powers of discipline over persons engaged in that trade. In the social world it has fostered the growth of all manner of clubs and societies. In the literary world it has enabled institutions such as the London Library to be created; and we who write legal history may remember that the Selden Society carries on its work under a trust.

Thus in England the mediaeval group did not altogether disappear. Like many another mediaeval institution it survived because it was transformed; and in its transformed state it became the ancestor of many new groups formed to forward many various activities of English life during the last three centuries. The long life of these groups, their constant increase in number and variety, and the great part which they have played in our national life from the sixteenth century onwards, justify us in regarding them as the Trust's most remarkable achievement. It has preserved, in a shape suited to modern legal and political ideas, the mediaeval power to create groups; and these groups, because they are autonomous and yet subject to the law, have had a share in imparting a sound political instinct to the greater

---

<sup>1)</sup> See Porter's Case at f 26a.



part of the nation who are members of one or more of them, hardly inferior to that attributable to the system of local self-government which enlisted all classes, from the highest to the lowest, in the service of the state.

What then were the juridical reasons why the device of vesting property in trustees was able to produce these far-reaching results? It is I think due to two closely allied reasons. (i) It is due to the fact that the common law is not the only system of law in force in England. The trustee is bound by the rules of equity, enforced by the court of Chancery, to use his rights and powers as owner for the benefit of another, and as that other directs. Now the owner of property has, as owner, indefinite rights over the thing owned, either to use or abuse. It is true that the law imposes on the owner of property various liabilities. It is true that the law imposes on him various conditions as to the form and substance of his dealings with his property. The law may say you shall not convey without a livery of seisin; you shall not dispose of your land by your will. If you try to do these things they will be unrecognised by the law. But the law cannot define the innumerable things which an owner may or may not in fact choose to do by virtue of his ownership. It cannot, for instance, prevent him from allowing X to occupy the property till he marries, nor can it prevent him on the happening of that event, from allowing Y to occupy it for his life, nor can it prevent him from then allowing a devisee under Y's will to occupy. It may refuse to recognise the validity of limitations which purport to effect such arrangements. But it cannot prevent a man from allowing his property to be in fact enjoyed in this way. But if an arrangement is made under which an owner can be compelled by rules, external to the rules of law, to use his indefinite rights of ownership for the benefit of another person, that other person will be able to effect through the owner an indefinite number of things. Unless these things are positively illegal the law does not prevent an owner from doing them — after all he is owner; and the rules of equity make it obligatory on him to do them. Thus by means of a conveyance to trustees it becomes possible to do, through the trustees, a large number of things which would



otherwise be impossible, because the person conveying has at his command the indefinite powers involved in the ownership conferred on the trustees. (ii) It is due to the fact that the Chancellor from the first upheld any directions imposed on trustees which were not positively illegal. He allowed, in other words, the widest scope to the use, by the creator of a trust, of the indefinite powers involved in the ownership of the trustees. No doubt legislation occasionally imposed conditions; but on the whole the Chancellor was left very free to uphold any scheme directed by the creator of the trust. The chief limitation which he imposed was the rule that limitations of property limited to take effect at too remote a date were void.

It was for these reasons that this new juridical concept of equitable ownership was able to fill up so many gaps in, and to produce so many important effects on, English law public and private. It was a purely English development; and, as I have said, it can be compared from this point of view to the development of the jury, of the common law system of pleading, of the system of local self-government, and of the principle of the supremacy of the common law in the state. But while these were developments of mediaeval institutions and ideas by and within the sphere of the common law, the development of the Trust concept was a development outside the common law, which was caused in the first instance by the rigidity and technical strictness which were characteristic of the common law in the fourteenth and fifteenth centuries, and in later centuries by the need to adapt the law to changed social economic and political conditions. There is however this common element in all these peculiarities of the English legal system: they all spring directly or indirectly from the peculiar development of English law in the twelfth and thirteenth centuries. In those centuries a centralized system of common law administered by central courts was firmly established; and this common law was in the main based upon native customs, which had been selected, coordinated, and made part of a technical and logical system by lawyers who had learned from the canon and civil law. But this system had all the defects of its qualities, which were aggravated when, at the end of the thirteenth century, it ceased to be administered by men who knew something



of these laws and began to be administered by practitioners in the royal courts who were ignorant of any legal system but their own. And so in the succeeding centuries it was necessary to supplement many of its rules by additions and modifications made by the equitable jurisdiction of the Chancellor. That equitable jurisdiction, starting from the basis of the common law, so developed the duties of trustees, and the powers of the creators of and the beneficiaries under a Trust, that they made the legal ownership of trustees an instrument for the accomplishment of many results which the common law was wholly unable to achieve, and of some results which were achieved by no other legal system in the world.



# LA DATE DE L'ÉDIT DES ÉDILES DE MANCIPIIS VENDUNDIS\*

PAR

A. DE SENARCLENS (LIÈGE).

---

L'insuffisance de nos renseignements sur l'époque de la formation du droit honoraire est, comme on l'a dit <sup>1)</sup>, l'une des lacunes les plus regrettables que présente l'histoire du droit romain. Cette lacune se fait sentir notamment dans la question de la date de l'édit des édiles sur la vente des esclaves et de l'action rédhibitoire qui en dérive.

Nos sources ne fournissent pas les éléments nécessaires pour fixer la date précise de la promulgation de l'édit *de mancipiis vendundis*. Les commentateurs doivent donc se borner à rechercher les témoignages les plus anciens de son existence.

Suivant une doctrine qui paraît avoir été dominante avant la fin du siècle dernier, l'édit sur la vente des esclaves existait déjà au temps de PLAUTE. Quelques auteurs, par exemple ZIMMERN <sup>2)</sup>, DERNBURG <sup>3)</sup>, M. WLISSAK <sup>4)</sup>, se contentaient d'en citer pour preuve le passage bien connu des *Captivi* où il est question d'*edictiones aediliciae* <sup>5)</sup>. On a invoqué en outre un texte du *Miles gloriosus* et un autre du *Rudens* qui parlent du droit des édiles de saisir et de détruire les marchandises de qualité défectueuse <sup>6)</sup>. Mais on

---

\* Communication présentée au V<sup>e</sup> Congrès International des Sciences Historiques (Bruxelles 1923).

<sup>1)</sup> GUST. HUGO, *Lehrb. d. Gesch. des röm. Rechts*, 11<sup>e</sup> éd., 1832, p. 420, n. 2.

<sup>2)</sup> *Gesch. des röm. Privatrechts*, I, 1826, p. 124.

<sup>3)</sup> *Festgaben für Heffter*, 1873, p. 130.

<sup>4)</sup> *Zur Gesch. der negotiorum gestio*, 1879, p. 174, n. 135.

<sup>5)</sup> *Captivi*, IV, 2, 43—44.

<sup>6)</sup> *Miles gloriosus*, III, 1, 132—134; *Rudens*, II, 3, 42—43. Voir KAR-



reconnaît généralement aujourd'hui et M. GIRARD a pleinement démontré que ces passages, alors même qu'ils se référerait sûrement au droit de Rome plutôt qu'à celui d'Athènes, ne seraient nullement probants, puisqu'ils font allusion à de simples règlements et mesures de police qui, ne visant ni les ventes ni les esclaves, sont étrangers à l'édit *de mancipiis vendundis* <sup>1)</sup>.

On a cité encore comme témoignages de l'existence de l'action rédhibitoire un texte de la *Mostellaria* et un autre du *Mercator*. Ces passages appliquent le mot *redhibere*, le premier à la reddition d'une maison achetée, le second à la reprise d'une esclave vendue <sup>2)</sup>. M. GIRARD <sup>3)</sup> n'y voit aucune allusion à l'action rédhibitoire, parce qu'ils ne disent ni l'un ni l'autre que la rédhibition dont il s'agit s'obtienne des édiles.

Le passage de la *Mostellaria*, en effet, n'est pas probant. Il l'est d'autant moins qu'il parle de la rédhibition d'une maison, c'est-à-dire d'une chose à laquelle il est certain qu'au temps de PLAUTE l'action rédhibitoire n'avait pas été étendue.

Il en est autrement du passage du *Mercator*, qui se rapporte à la rédhibition d'une esclave; nous verrons bientôt qu'il peut être considéré comme un témoignage sérieux de l'existence de l'édit sur la vente des esclaves au temps de PLAUTE.

A partir de la fin du siècle dernier, de nombreux romanistes, renonçant à trouver dans le théâtre de PLAUTE la preuve que l'édit des édiles sur les ventes d'esclaves était déjà promulgué de son temps, affirment que le premier témoignage incontestable de son existence est celui de CICÉRON, *De officiis*, III, 17, 71: *Qui enim scire debuit de sanitate de fuga de furtis praestat edicto aedilium*. BECHMANN s'étant appliqué à soutenir cette doctrine <sup>4)</sup>,

LOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* II, 1901, p. 1300; CUQ, *Institutions juridiques*, 1<sup>re</sup> éd., I, 1891, p. 612. Cet auteur a reconnu plus tard, dans la 2<sup>e</sup> édition du même ouvrage, I, 1904, p. 231, n. 8, et dans son *Manuel des Institutions juridiques*, 1917, p. 468, n. 5, que ces textes ne sont pas probants.

<sup>1)</sup> Voir GIRARD, *Manuel*, 6<sup>e</sup> éd., 1918, p. 575, n. 3, et les renvois à d'autres ouvrages du même auteur.

<sup>2)</sup> *Mostellaria*, III, 2, 112—113. Voir ACCARIAS, *Précis de droit romain* 4<sup>e</sup> éd., II, 1891, p. 295, n. 1, p. 689, n. 3. *Mercator*, II, 3, 85. Voir CUQ, *Institutions*, 2<sup>e</sup> éd., I, 1904, p. 231, n. 8; *Manuel*, p. 468, n. 5.

<sup>3)</sup> *Loc. cit.*

<sup>4)</sup> BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, 1876, p. 396 et ss.



plusieurs auteurs s'y sont ralliés<sup>1)</sup>, et M. GIRARD à diverses reprises l'a énergiquement défendue<sup>2)</sup>.

BECHMANN déclare qu'à sa connaissance, le seul et unique point d'appui de l'ancienneté de l'édit édilicien est le passage cité de CICÉRON. Malheureusement, ajoute-t-il, ce texte est si vague qu'il ne donne guère de renseignements d'ordre juridique ou historique sur l'édit dont il signale l'existence.

Il importe donc de se demander s'il est vrai qu'aucun autre texte n'atteste l'existence de l'édit sur les esclaves à l'époque de CICÉRON. La réponse ne nous paraît pas douteuse. Au même livre du traité *De officiis*, III, 23, 91, à peu de distance du texte cité qui mentionne expressément *l'edictum aedilium*, se trouve le passage suivant: *In mancipio vendundo dicendane vitia, non ea quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum?*

C'est à tort que BECHMANN, induit en erreur par le terme *iure civili*, rapporte ce passage à une rédhhibition civile, opérée *arbitrio iudicis* sur l'action *empti*, plutôt qu'à une rédhhibition édilicienne obtenue sur l'action rédhibitoire<sup>3)</sup>. CICÉRON emploie ici, comme il le fait souvent<sup>4)</sup>, les mots *ius civile* dans le sens de droit national, *ius proprium civitatis*, de droit positif qu'il oppose non pas au *ius honorarium* mais au *ius naturale*. Le *ius civile* ainsi entendu comprend entre autres le droit honoraire, comme le déclare expressément CICÉRON<sup>5)</sup>. Cette interprétation, généralement admise par les auteurs anciens et modernes, par exemple FORNERIUS<sup>6)</sup>, SCHULTING<sup>7)</sup>, VOIGT<sup>8)</sup>, HANAUSEK<sup>9)</sup>, M. VINCENT<sup>10)</sup>, et à laquelle paraissent s'être converti PER-

<sup>1)</sup> Voir par ex. KUNTZE, *Excursus über röm. Recht*, 1880, p. 555, n. 7; PFERSCHKE, *Error in substantia*, 1880, p. 55; HANAUSEK, *Haftung des Verkäufers*, 1883, p. 20; VINCENT, *Droit des édiles*, 1922, p. 131.

<sup>2)</sup> GIRARD, *loc. cit.*

<sup>3)</sup> BECHMANN, *Der Kauf*, III, 2, 1908, p. 182, n. 2, p. 187, n. 3.

<sup>4)</sup> Voir par ex. CICÉRON, *De off.*, III, 17, 69; *De nat. deor.*, III, 18, 45; *De har. resp.*, 14, 32.

<sup>5)</sup> *Top.*, 5, 28.

<sup>6)</sup> OTTO, *thesaur.*, II, col. 92.

<sup>7)</sup> *Notae ad Dig.*, IV, p. 68, l. IV.

<sup>8)</sup> *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 220, n. 10.

<sup>9)</sup> *Haftung des Verk.*, I, p. 20, p. 43, n. 11.

<sup>10)</sup> *Droit des édiles*, p. 74, n. 2.



NICE<sup>1)</sup> et se rallier avec hésitation M. STINTZING<sup>2)</sup>, est seule de nature à rendre intelligible l'opposition établie par le texte entre les vices de l'esclave donnant lieu à la rédhibition et les vices de l'âme, opposition étrangère au droit civil. Au surplus, comme le fait remarquer HANAUSEK, il est certain qu'au temps de CICÉRON, il ne pouvait être question d'une fonction rédhibitoire qui alors déjà aurait été attribuée à l'action *empti*.

Une autre preuve de l'existence de l'action rédhibitoire à l'époque de CICÉRON nous est fournie par un *responsum* de SERVIUS SULPICIUS rapporté par AULU-GELLE, IV, 2, 12: *Eum vero cui dens deesset Servius redhiberi posse respondit*. Ce témoignage de la promulgation de l'édit sur les esclaves, signalé par M. Cuq<sup>3)</sup> et récemment par M. VINCENT<sup>4)</sup>, nous intéresse en ce sens que non seulement il est de la même époque, mais qu'il paraît être antérieur au texte de CICÉRON, *De officiis*, III, 17, 71. En effet, nous savons par CICÉRON lui-même que les deux premiers livres du *De officiis* ont été achevés en novembre 710<sup>5)</sup>. Le troisième livre date donc de décembre 710 ou du commencement de l'année 711. Or CICÉRON nous apprend dans sa huitième Philippique, prononcée le 3 février 711, qu'à ce moment-là SERVIUS ne vivait plus<sup>6)</sup>. Il faudrait donc pour que son *responsum* ne fût pas antérieur au témoignage cité de CICÉRON, tiré du troisième livre du *De officiis*, qu'il eût été rendu en décembre 710 ou en janvier 711. Or il est peu probable qu'étant alors affecté d'une grave et dangereuse maladie et exposé aux difficultés du long et pénible voyage que nécessitait son envoi au camp de MARC-ANTOINE, il ait eu le loisir de donner un *responsum*.

Si nous avons tenu à rapprocher deux autres textes de celui qu'on cite comme premier témoignage de l'existence de l'édit sur les esclaves, c'est pour cette raison surtout qu'ils peuvent servir à nous renseigner sur le mode de garantie envisagé par CICÉRON.

En effet, à ne considérer que le passage du *De officiis*, III, 17,

<sup>1)</sup> *Labeo*, II, 1, 1895, p. 180, n. 4; II, 2, 1900, p. 239, n. 2.

<sup>2)</sup> *Krit. Vierteljahrschrift*, 1913, p. 545 et s.

<sup>3)</sup> *Institutions*, 2<sup>e</sup> éd., I, p. 231, n. 7; *Manuel*, p. 468, n. 4.

<sup>4)</sup> *Droit des édiles*, p. 123, n. 4.

<sup>5)</sup> *Cic., Ep. ad Atticum*, XV, 13, 6 et XVI, 14, 4.

<sup>6)</sup> *Cic., Philipp.*, VIII, 7, 22.



71, se terminant par les mots peu précis : *praestat edicto aedilium*, on peut être tenté de croire que CICÉRON n'entend parler que de la disposition spéciale de l'édit qui impose au vendeur d'esclaves les promesses d'absence de vices. Telle était en 1884 l'opinion de M. GIRARD<sup>1)</sup> et tel est encore l'avis de M. HUVELIN dans son grand et savant ouvrage sur le *furtum*<sup>2)</sup>.

S'il en était ainsi, le texte ne prouverait pas que la disposition essentielle de l'édit *de mancipiis vendundis* relative à la déclaration des vices, telle que nous la rapportent AULU-GELLE<sup>3)</sup> et ULPYEN<sup>4)</sup>, a été existante au temps de CICÉRON.

Mais il nous paraît certain que le passage dont il s'agit se rapporte à l'obligation de déclarer les vices plutôt qu'à celle de promettre leur absence. C'est ce qui résulte des mots : *Qui enim scire debuit*. Ces mots tendent à justifier la responsabilité imposée au vendeur, alors même qu'il ignore les vices de l'esclave. Le même essai de justification se retrouve, exprimé en termes analogues, dans un fragment d'ULPYEN : *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, l. 1 § 2, qui vise expressément l'édit relatif à la déclaration des vices. S'il s'agissait de l'obligation de promettre leur absence, les mots *scire debuit* n'auraient aucune raison d'être, puisque dans ce cas le vendeur est passible d'actions édiliciennes par le seul refus des promesses ordonnées, encore que l'esclave soit exempt de tout vice, connu ou inconnu du vendeur.

D'ailleurs, s'il subsistait un doute sur l'interprétation du passage en question, les deux autres textes qui témoignent de l'existence de l'édit à la même époque, celui *De officiis*, III, 23, 91 et celui d'AULU-GELLE rapportant le *responsum* de SERVIUS, sont conçus dans des termes tels qu'ils ne peuvent certainement se rapporter qu'à l'édit relatif à la déclaration des vices.

Il est donc démontré, non pas par un texte unique, mais par trois textes concordants, que la disposition essentielle de l'édit sur la vente des esclaves était existante et commentée au début de l'année 711.

<sup>1)</sup> *Nouvelle revue historique*, VIII, 1884, p. 415 = *Garantie d'éviction*, p. 121.

<sup>2)</sup> HUVELIN, *Le furtum dans le très ancien droit romain*, 1915, p. 440.

<sup>3)</sup> *Noct. attic.*, IV, 2, 1.

<sup>4)</sup> *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, l. 1 § 1.



Mais il reste à nous demander, et nous entrons ainsi dans le vif de la question, s'il n'existe aucun texte qui nous autorise à faire remonter la publication de l'édit *de mancipiis vendundis* à une époque antérieure à celle de CICÉRON.

On sait que la question est controversée. D'une part BECHMANN, M. GIRARD et d'autres romanistes, par exemple KUNTZE, PFERSCHKE, HANAUSEK, M. VINCENT, soutiennent la négative <sup>1)</sup>. D'autre part quelques auteurs, notamment VOIGT <sup>2)</sup>, KARLOWA <sup>3)</sup>, MM. CUQ <sup>4)</sup> et HAYMANN <sup>5)</sup> s'appuient sur un texte d'ULPIEN rapportant une décision de CATON pour affirmer que l'édit sur la vente des esclaves remonte au VI<sup>e</sup> siècle. MM. CUQ et HAYMANN invoquent dans le même sens un passage du *Mercator* de PLAUTE <sup>6)</sup>.

Nous verrons que ces textes sont conçus de manière à fournir des arguments sérieux en faveur de l'existence de l'édit relatif aux esclaves du temps de CATON et du temps de PLAUTE. Mais nous verrons aussi que des savants très-autorités considèrent ces passages comme étant étrangers à l'édit édilicien. En présence de ce désaccord, il serait intéressant de découvrir une preuve nouvelle de l'existence de l'action rédhibitoire antérieurement à CICÉRON. Cette preuve, nous croyons l'avoir trouvée dans un passage d'AULU-GELLE, et c'est là l'objet essentiel de la communication que nous avons l'honneur de présenter aujourd'hui.

Mais, avant d'aborder l'examen de ce texte, il importe de fixer notre attention sur les passages d'ULPIEN et de PLAUTE auxquels nous venons de faire allusion et de rechercher s'ils ne suffisent pas à eux seuls à prouver qu'au VI<sup>e</sup> siècle déjà l'édit sur les esclaves avait été promulgué. Le texte d'AULU-GELLE que nous nous réservons à signaler ensuite ne ferait alors que confirmer une vérité démontrée.

Le passage d'ULPIEN, qui rapporte l'opinion de CATON sur laquelle doit porter notre examen, forme la loi 10 § 1 du titre du Digeste 21, 1, *De aedilicio edicto*. Elle est conçue en ces termes :

<sup>1)</sup> Voir ces auteurs aux endroits cités *supra*, notes 10, 11 et 12.

<sup>2)</sup> *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 220, n. 10.

<sup>3)</sup> *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 1300.

<sup>4)</sup> *Institutions*, 2<sup>e</sup> éd., p. 231, n. 8; *Manuel*, p. 468, n. 5.

<sup>5)</sup> *Haftung des Verk.*, p. 23.

<sup>6)</sup> *Locc. cit.*



*Catonem quoque scribere lego, cui digitus de manu aut de pede praecisus sit, eum morbosum esse.*

Si nous abordons ce texte sans parti pris, nous n'hésitons pas à considérer la décision de CATON comme se rapportant indubitablement à l'édit des édiles. C'est ainsi que s'accordaient à le comprendre les interprètes antérieurs à BECHMANN, par exemple VAN BYNKERSHOEK <sup>1)</sup>, MAIANSIUS <sup>2)</sup>, POTHIER <sup>3)</sup>, GLÜCK <sup>4)</sup>, JÖRS <sup>5)</sup>, et que l'entendent encore aujourd'hui des auteurs que nous avons signalés plus haut <sup>6)</sup>.

BECHMANN, partant de l'idée que „l'édit des édiles avec son action rédhibitoire et *quantum minoris* est naturellement beaucoup plus récent que PLAUTE”, tente une autre interprétation du texte dont il s'agit. ULPIEN, dit-il, n'affirme pas que l'opinion de CATON ait été émise précisément par rapport à l'édit. Les mêmes termes auraient été employés aussi dans les stipulations, qui du temps de CATON étaient sûrement déjà usuelles et stéréotypées <sup>7)</sup>. M. VINCENT <sup>8)</sup> se rallie à cette manière de voir.

Nous nous permettons d'objecter tout d'abord qu'il n'est pas exact de dire que les stipulations relatives aux vices étaient conçues dans les mêmes termes que l'édit. On sait que les formules de ces stipulations portaient *sanum esse*, tandis que l'édit contenait les mots *morbosus* et *vitium*.

Nous objectons aussi qu'il n'est pas certain que les stipulations relatives aux vices aient été déjà usuelles au temps des Catons. Les *Maniliae venalium vendendarum leges*, dont l'interprétation peut, suivant M. VINCENT, avoir provoqué la décision de CATON, ont été rédigées par un MANILIUS dont l'identité ne peut être établie d'une manière certaine. „La plupart des auteurs, déclare M. HUVELIN <sup>9)</sup>, admettent avec assurance que MANIUS MANILIUS

<sup>1)</sup> *Observat. jur. rom.*, l. III, c. I.

<sup>2)</sup> *Ad triginta jurisc. fragm.*, Genevae, 1764, I, p. 83 et ss.

<sup>3)</sup> *Pand. Just.*, l. XXI, t. I, n<sup>o</sup>. XXI.

<sup>4)</sup> *Ausführl. Erl. der Pand.*, 20, p. 122 et s.

<sup>5)</sup> *Röm. Rechtswissensch.*, p. 227, n. 1.

<sup>6)</sup> Voir *supra*, p. 6, notes 2—5.

<sup>7)</sup> BECHMANN, *Der Kauf*, I, p. 396, p. 399 n. 3, 2.

<sup>8)</sup> *Droit des édiles*, p. 124.

<sup>9)</sup> *Le furtum*, p. 252 et s.



est l'auteur des *Actiones*, mais sans appuyer leur conviction d'un commencement de preuve."

D'autre part il n'est pas certain que le fils de CATON le Censeur, à qui l'on s'accorde à attribuer plutôt qu'à son père l'opinion rapportée par ULPIN, ait pu connaître et interpréter les formules dont MANIUS MANILIUS aurait été l'auteur. En effet POMPONIUS nous dit que MANILIUS a vécu après les CATONS <sup>1)</sup>. Il a été consul en 605, tandis que le fils de CATON était mort déjà en 602.

Au surplus, les formules de MANILIUS, que VARRON nous a transmises, concernent uniquement les ventes d'animaux domestiques. Il est donc hasardé d'affirmer que ces formules ont pu donner lieu à une interprétation de CATON, relative aux vices des esclaves.

Nous objectons surtout à l'idée de BECHMANN qu'il est arbitraire de rapporter les mots *morbosum esse* à une stipulation *sanum esse* plutôt qu'à l'édit des édiles. En effet, si nous recherchons les autres textes du titre du Digeste, *De aedilicio edicto*, où se trouvent les termes *morbosum esse*, *morbosus est*, nous constatons qu'ils sont tous employés dans le sens de *redhiberi posse*, *redhiberi potest* <sup>2)</sup>. Les interprètes s'accordent à leur reconnaître cette signification, et BECHMANN lui-même n'hésite pas à leur attribuer ce sens <sup>3)</sup>.

La synonymie rigoureuse qui existe entre les deux locutions a été prononcée déjà au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle par VAN BYNKERSHOEK <sup>4)</sup> en ces termes: *Quum illi morborum dicuntur ut morbosos dicunt Cato, Ofilius, Gaius, Paulus, dicuntur quoad edictum, atque idem est ac si dixissent redhiberi posse.*

Nous ne voyons aucun texte s'occuper à déterminer le sens du mot *sanus* dans la stipulation *sanum esse*. Par contre, comme le fait très justement remarquer M. CUQ <sup>5)</sup>, AULU-GELLE déclare expressément que c'est à propos des mots de l'édit *morbosus*

<sup>1)</sup> D., 1, 2, *De O. I.*, l. 2, § 39.

<sup>2)</sup> D., 21, 1, *De aed. ed.*, l. 6 § 1, § 2, l. 7, l. 9, l. 11, l. 12 *pr.*, § 3, § 4, l. 14 *pr.*

<sup>3)</sup> *Der Kauf*, II. p. 300, n. 4, III, 2, p. 112, n. 5, p. 189, n. 2.

<sup>4)</sup> *Loc. cit.*

<sup>5)</sup> *Institutions*, 2<sup>e</sup> éd., p. 231, n. 8; *Manuel*, p. 468, n. 5.



*vitiumve* que les *Veteres* ont examiné *quod mancipium morbosum quodve vitiosum recte diceretur* <sup>1)</sup>.

Ce sont ces termes-là que commente ULP IEN à la loi 10 *D., De aed. ed.* Il est donc rationnel d'admettre avec KARLOWA <sup>2)</sup> et M. HAYMANN <sup>3)</sup> que la décision de CATON, qu'il invoque au § 1 du même texte, se rapportait, elle aussi, à l'édit des édiles plutôt qu'à une stipulation du droit civil qui, n'étant pas encore imposée par les édiles, était restée absolument étrangère au droit édilicien.

Nous tenons donc pour certain que l'édit sur les ventes des esclaves était déjà promulgué et commenté avant la mort du fils de CATON le Censeur, c'est-à-dire avant l'année 602.

Mais la question se pose de savoir si cet édit ne remonte pas à une époque plus reculée encore. Parmi les textes de PLAUTE, où dès longtemps on a cru trouver des indices de son existence, n'en est-il pas un tout au moins qui soit concluant? Il s'agit du passage du *MERCATOR*, II, 3, 85, où un nommé Charinus, soumettant à son père l'idée de rendre au vendeur une esclave achetée, s'exprime en ces termes: *Dixit se redhibere si non placeat*.

Nous avons dit que, suivant M. GIRARD, ce passage ne démontre pas l'existence de l'action rédhibitoire, parce qu'il ne dit pas que la rédhibition s'obtienne des édiles. M. VINCENT <sup>4)</sup> se rallie à cette manière de voir. Mais il est visible et les interprètes s'accordent à reconnaître qu'il s'agit ici du pacte connu sous le nom de *pactum displicentiae* <sup>5)</sup>. Or nous savons que ce pacte a été sanctionné par les édiles relativement à une vente de leur compétence, celle des esclaves.

C'est ce qui résulte d'un texte de PAPINIEN, *Fragm. vat.*, 14,

<sup>1)</sup> AULU-GELLE, IV, 2, 2.

<sup>2)</sup> *Röm. Rechtsgesch.*, II p. 1300 et s.

<sup>3)</sup> *Haftung des Verk.*, p. 23, p. 40.

<sup>4)</sup> *Droit des édiles*, p. 126.

<sup>5)</sup> Voir par ex. CUJAS, *Comment. in lib. XII Respons. Papin. ad l. 55 de aed. ed.* (éd. de Naples, t. IV, col. 1332); DEMELIUS, *Zeitschrift f. Rechtsg.*, II, 1863, p. 184, p. 215; VOIGT, *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 650, n. 28; COSTA, *Dir. priv. rom. nelle com. di Plauto*, p. 362; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 618; CUQ, *opp. citt.*, *supra*, n. 50.



qui dit qu'une action *in factum* est donnée par les édiles à l'acheteur pour récupérer le prix de l'esclave, s'il cesse de lui plaire.

L'existence de cette action est confirmée par un passage d'UPIEN, *D.*, 21. 1, *De aed. ed.*, l. 31, § 22—24, qui, parlant, lui aussi, du pacte de déplaisance déclare qu'une *in factum actio* est accordée à l'acheteur *ad redhibendum*.

Les premiers mots de ce texte: *Si quid ita venierit* feraient croire qu'Ulprien, se mettant en contradiction avec PAPINIEN, aurait appliqué l'action édilicienne non-seulement aux ventes d'esclaves, mais à celles de choses quelconques. La contradiction disparaît si l'on reconnaît que le texte est interpolé. Les compilateurs ont substitué le mot *quid* au mot *mancipium*. M. KNIER croit qu'il en est ainsi <sup>1)</sup>. Pour nous l'altération est certaine. Il s'agit ici d'une de ces interpolations, signalées par des interprètes dont le nombre tend à s'accroître, par lesquelles visiblement les compilateurs ont opéré l'extension de l'édit des édiles à toutes les choses autres que les esclaves et les bestiaux <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> KNIER, *Praescriptio u. pactum*, p. 158, p. 166.

<sup>2)</sup> Les textes que certains auteurs reconnaissent avoir été interpolés sont:  
<sup>1°</sup> *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, l. 1, pr. Cf.: BREMER, *Festgabe z. Doctor-Jubiläum Thöl*, 1879, p. 70; KNIER, *Praescriptio u. pactum*, 1891, p. 163 et ss., p. 180; LENEL, *Edit.*, II, 1903, p. 303, n. 2 et *Edictum*, 2<sup>e</sup> éd., 1907, p. 529, n. 2; DE MEDIO, *Bulletino dell' Ist. di dir. rom.*, XVI, 1904, p. 159, n. 1; MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, 1908, p. 55, n. 37; FERRINI, *Pandette*, 3<sup>e</sup> éd. 1908, p. 694, n. 4; RICCOBONO, *Bulletino dell' Ist. di dir. rom.*, XX, 1908, p. 97; HAYMANN, *Haftung des Verk.*, 1912, p. 37, p. 103, p. 106; KRUEGER, *corp. iur. de MOMMSEN*, éd. 12 (1911) *ad. h. l.*; GIRARD, *Manuel*, p. 577.  
<sup>2°</sup> *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, l. 49 et C. 4, 58, *De aed. act.* Cf.: RICCOBONO, *loc. cit.*; HAYMANN, *loc. cit.* p. 39 et s.; PARTSCH, *Zeitschr. de Sav. Stift.*, XXXIII, 1912, p. 606; BESELER, *Beitr. zur Krit. d. röm. Rechtsq.*, III, p. 140.  
<sup>3°</sup> *D.*, 21, 1, *De aed. ed.*, l. 63. Cf.: KNIER, *loc. cit.*, p. 165; LENEL, DE MEDIO, RICCOBONO, *loc. cit.*; HAYMANN, *loc. cit.*, p. 37 et ss. KRUEGER, *loc. cit.*, *ad h. l.*

Nous considérons comme interpolés dans le même sens: au *D. eod.*, l. 62. MODESTIN avait sans doute écrit non pas *in rebus venalibus* mais *in servis venalibus*, puisque les promesses ordonnées par l'édit des édiles ne s'appliquaient qu'aux esclaves. De même au *D. eod.* l. 31, § 9 où nous lisons: *si... fecerit rem deteriore*, ULPRIEN avait écrit *servum* au lieu de *rem*, comme il ressort du mot *servus* que conserve la suite du fragment. De même encore au



La preuve en est que ce mot *mancipium* qu'ils ont écarté du commencement du texte, ils l'ont maladroitement laissé persister un peu plus loin, à la fin du paragraphe 23. La preuve en est aussi à certaines reproductions byzantines du texte d'ULPIEN qui ont conservé le mot primitif *mancipium* sous la forme grecque de οἰκέτης ou de δοῦλος. Elles se trouvent dans le livre sur la division des temps intitulé *Αἱ Ποταί* <sup>1)</sup>, dans le Supplément des *Basiliques* de FERRINI et MERCATI <sup>2)</sup> et jusque dans *l'Hexabiblos* d'HARMENOPULOS <sup>3)</sup>.

C'est donc relativement aux seuls esclaves que les édiles ont sanctionné le pacte de déplaisance. C'est aussi de la vente d'une esclave que parle PLAUTE au passage cité du *Mercator*. Le vendeur est supposé avoir consenti un *pactum displicentiae* et une discussion s'ouvre sur la question de savoir s'il convient de se prévaloir de la rédhibition. Les conditions de l'exercice de l'action *in factum*, mentionnée par PAPINIEN et ULPIEN, se trouvent réunies. Nous pensons donc, avec M. CUQ, que le texte démontre l'existence au temps de PLAUTE d'un édit édilicien sur la vente des esclaves.

Il est vrai que le texte du *Mercator* ne donne pas au terme *redhibere* le sens spécialement technique de *redditio* que lui attribuent les édiles. Il est pris dans son sens étymologique, celui de *rursus habere*. Mais il n'en résulte pas qu'il doive être considéré comme étant étranger à l'édit, car, ainsi que le montre le *D.*, 21, 1, l. 21 *pr.*, les deux significations sont corrélatives. De plus, celle qui prévaut dans le texte du *Mercator* se rencontre, elle aussi, dans les commentaires de l'édit des édiles: *D.*, 21, 1, l. 31 § 11 (*redhiberi oportet*) et dans le texte même de l'édit *de iumentis*: *D.*, *eod.*, l. 38 *pr.* (*redhiberi debere*).

On pourrait être tenté d'objecter qu'il ne s'agirait dans le passage de PLAUTE que d'un simple dire du vendeur, qui n'aurait aucune signification juridique. Comme le dit très justement M.

---

*D.* 50, 16, *De V. S.*, l. 195, § 3, le texte d'ULPIEN portait: *si deterior servus, et non pas res, reddatur*. C'est ce que démontrent les *Basiliques*, 2, 2, 187, où nous lisons ο ἡραθεῖς (*servus venditus*).

<sup>1)</sup> Cap. XIV, § 5 (éd. ZACHARIAE, 1836, p. 147. *Basil.*, 19, 10, 27, 22).

<sup>2)</sup> P. 23: *fr.* 31. § 22.

<sup>3)</sup> Ed. HEIMBACH, 3, 3, 60. (*Basil.*, *loc. cit.*).



CORNIL<sup>1)</sup>, „une grande circonspection s'impose dans l'utilisation des comédies de PLAUTE par l'historien du droit." Aussi n'entendons-nous pas interpréter le texte du *Mercator* comme une source de droit, mais uniquement rechercher s'il ne contient pas une allusion à la sanction édilicienne du *pactum displicentiae*.

L'affirmative nous paraît ressortir des mots dont se sert le père de Charinus pour repousser la rédhibition proposée par son fils: *Nihil istoc opust: Litigari nolo ego usquam, tuam autem accusari fidem*. En effet, suivant une observation judicieuse de DEMELIUS<sup>2)</sup>, le mot *litigare*, ce dérivé de *lis*, s'entend dans son sens propre et habituel plutôt d'un procès que d'une simple dispute. D'ailleurs cette acception fait mieux valoir l'argument que le père de Charinus oppose à l'idée de procéder à la rédhibition et cadre mieux aussi avec les mots *accusari fidem*.

On pourrait encore être tenté d'objecter qu'il n'est pas démontré que la rédhibition pût être obtenue par l'action *in factum* des édiles plutôt que par l'action *ex empto*, qui est reconnue appartenir à l'acheteur d'une chose quelconque en vertu du *pactum displicentiae*. En effet, PAUL, D., 18, 5, *De resc. vend.*, l. 6, dit que l'acheteur dispose de ce chef de l'action *ex empto*. PAPINIEN, lui aussi, *Vat. fr.*, 14, déclare admissible l'action du contrat et en infère que l'action *in factum* accordée par les édiles ne sera plus nécessaire.

On s'est donc cru autorisé à dire que l'action visée par notre texte n'est autre que l'action *ex empto*. Cette idée a été soutenue par DEMELIUS<sup>3)</sup>. Cherchant à démontrer l'existence de la vente consensuelle au temps de Plaute, il a invoqué entre autres notre passage du *Mercator*, disant qu'il parle très-probablement de l'action *empti*.

Cette manière de voir est insoutenable. On sait à quel point est discutée et problématique la question de savoir si l'action *empti* était connue déjà du temps de PLAUTE. Mais, alors même que son existence à cette époque serait démontrée, elle n'aurait pu servir à sanctionner un pacte résolutoire adjoint à la vente. Les jurisconsultes classiques ont longtemps hésité à admettre

<sup>1)</sup> *Mélanges P. F. Girard*, I, p. 223, n. 40.

<sup>2)</sup> *Zeitschrift f. Rechtsgesch.*, II, p. 215.

<sup>3)</sup> *Loc. cit.*



l'emploi de l'action *empti* ou *venditi* après la résolution du contrat de vente. En ce qui concerne spécialement le *pactum displicentiae*, ce ne fut qu'environ deux siècles après PLAUTE que SABINUS, au dire de PAUL, fut d'avis d'admettre l'action *ex empto* <sup>1)</sup>.

Notre travail s'est borné jusqu'ici à passer en revue les témoignages qui, à tort ou à raison, ont été invoqués pour démontrer l'existence de l'édit sur les esclaves à telle ou telle époque, plus ou moins reculée. Il nous a paru nécessaire, dans une étude sur la date de l'édit, d'exposer les textes cités par les auteurs et de discuter les diverses opinions auxquelles ils ont donné lieu.

Il nous reste à présenter la communication qui est la raison d'être de notre étude. Nous n'avons pas découvert un document nouveau, mais nous croyons avoir tiré d'un passage d'AULU-GELLE, connu de tous les romanistes et généralement cité et commenté à propos de la dot et des biens paraphernaux, l'indication d'une date de l'édit sur les esclaves qui paraît avoir échappé à l'attention des interprètes.

Il s'agit du livre 17, chapitre 6, des *Noctes Atticae* contenant un passage du discours prononcé par CATON pour appuyer la loi Voconia. Il est question d'une femme qui a apporté une grande dot et s'est réservé une forte somme d'argent. Elle prête cet argent à son mari, puis, s'étant irritée, elle ordonne à un *servus recepticius* de persécuter le mari et de l'importuner en réclamant l'argent. On demandait, dit AULU-GELLE, ce que c'est qu'un *servus recepticius*. On consulta l'ouvrage de VERRIUS FLACCUS de *obscuris Catonis* et l'on trouva au deuxième livre que *servus recepticius* se dit d'un esclave mauvais sujet et sans valeur qui, ayant été vendu, a fait l'objet d'une rédhibition et a été repris à cause de quelque vice, *redhibitus ob aliquod vitium receptusque sit*. Cette définition est reproduite dans l'abrégé du dictionnaire de VERRIUS FLACCUS publié par FESTUS, où il est dit que le *recepticius servus* est celui qui *ob vitium redhibitus sit* <sup>2)</sup>. NONIUS MARCELLUS, lui aussi, s'inspirant du texte d'AULU-GELLE, dit que, suivant quelques-uns, le terme *recepticius servus* s'entend d'un esclave mauvais sujet et sans valeur qui, ayant été vendu,

<sup>1)</sup> D. 18, 5, *De resc. vend.*, l. 6.

<sup>2)</sup> FESTUS, *De verb. signif.*, éd. Mueller, p. 282. (BRUNS, *Fontes*, 7<sup>e</sup> éd., II, p. 30.)



est repris par le vendeur à cause de quelque vice au méfait<sup>1)</sup>.

AULU-GELLE repousse énergiquement cette définition. Le terme *recepticius*, dit-il, a dans le discours de CATON une signification tout autre que celle que lui attribue VERRIUS. Il fait remarquer que le mot *recipere* a un sens spécial, dont PLAUTE déjà s'est servi, celui d'excepter, de retenir, et, s'appuyant apparemment sur quelque jurisconsulte, qui, suivant l'éditeur d'AULU-GELLE HOSIUS<sup>2)</sup>, peut avoir été MASURIUS SABINUS, il démontre jusqu'à l'évidence que CATON avait en vue un esclave que la femme n'avait pas compris dans la dot, mais s'était réservé en propre.

VERRIUS FLACCUS a donc commis une erreur. Il a entendu le mot *recepticius*, ce dérivé de *recipere*, dans son sens étymologique, ayant pour synonyme, ou plus habituellement pour corrélatif, le terme *redhibitus*. La signification qu'il donne aux mots *servus recepticius* est correcte en elle même, et elle paraît avoir été admise dans la Rome antique, puisque AULU-GELLE ne la réproouve qu'à l'égard de son application au discours de CATON, *in ea re quam dicit Cato*<sup>3)</sup>. VERRIUS paraît avoir ignoré le sens spécialement juridique de *recipere*, ce qui s'expliquerait par le fait que cet illustre savant était grammairien plutôt que jurisconsulte.

En ce qui concerne la question de la date de l'édit des édiles, nous n'avons pas lieu de déplorer son erreur. Au contraire, elle nous fournit la preuve de l'existence de l'édit sur les ventes d'esclaves lors de la promulgation de la loi Voconia, c'est-à-dire en l'an de Rome 585. Car il est évident que, si à cette époque l'édit *de mancipiis vendundis* n'avait pas encore paru, VERRIUS n'aurait pas pu donner du terme *servus recepticius* une définition qui suppose nécessairement son existence.

Mais, dira-t-on peut-être, les termes de VERRIUS *redhibitus ob aliquod vitium receptusque* ne prouvent pas d'une manière certaine la promulgation de l'édit, car ils ne disent pas que la rédhibition s'obtienne des édiles. Il pourrait donc s'agir d'une rédhibition du droit civil.

Cette objection ne serait pas fondée. Nous ne voyons que

<sup>1)</sup> NONIUS MARCELLUS, *De compendiosa doctrina*, éd. LINDSAY, p. 54.

<sup>2)</sup> A. GELLII, *Noct. Attic.*, I, *Praef.*, p. LIII et s.

<sup>3)</sup> AULU-GELLE, 17, 6, 5.



deux textes qui pourraient lui donner une apparence de raison.

C'est d'abord le passage de CICÉRON, *De officiis*, III, 23, 91 que nous avons mentionné plus haut. Il parle d'une rédhibition *iure civili*. Mais nous avons démontré que ces mots doivent s'entendre ici du droit positif opposé au *ius naturale* et que dans la question posée par CICÉRON il n'est autre que le droit même des édiles.

Un second texte qu'on pourrait être tenté d'invoquer pour entendre les mots de VERRIUS FLACCUS d'une rédhibition sur l'action *ex empto* est un fragment d'ULPIEN qui forme la loi 11 § 3 D., 19, 1, *De A. E. V.*: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*. Suivant certains interprètes, la signification de ce fragment serait que l'action *empti* peut servir de support au droit édilicien en ce sens qu'elle se prête d'une manière générale à comprendre l'action rédhibitoire et à lui emprunter les règles qui la régissent <sup>1)</sup>.

Cette doctrine n'a pas prévalu. On donne généralement aujourd'hui une autre explication du texte dont il s'agit. Il signifie que, dans le *iudicium empti*, le juge peut, si la bonne foi l'exige, ordonner aussi la résolution de la vente <sup>2)</sup>. En effet, ULPIEN déclare que dans le *iudicium empti* est comprise non pas l'action rédhibitoire, mais la *redhibitio*. Or ce mot ne désigne pas nécessairement une rédhibition édilicienne. ULPIEN définit d'une manière générale la *redhibitio* une *redditio*, D., 21, 1, l. 21 pr., une résolution de la vente, D., 41, 2, l. 13 § 2. L'exactitude de l'interprétation généralement admise nous paraît se justifier par les termes mêmes du fragment et par le rapprochement du texte qui précède et de ceux qui suivent. ULPIEN, ayant au § 2 signalé le but normal de l'action *empti*: *ipsam rem praestare*, est naturellement amené à ajouter que, dans un cas donné, le *iudicium*

<sup>1)</sup> En ce sens par ex.: DONEAU, *Comm. ad tit. de aed. ed.*, c. 5, § 4; GLÜCK, *Ausführl. Erläuter. d. Pandecten*, XX, p. 136; WLASSAK, *Negotiorum gestio*, p. 172; HANAUSEK, *Haftung des Verk.*, I, p. 55 et ss.

<sup>2)</sup> En ce sens par ex.: UNTERHOLZNER, *Schuldverhältnisse*, II, p. 274, note bb; H. KELLER, *Jahrb. f. histor. u. dogm. Bearbeitung d. röm. Rechts*, III, 1844, p. 155 et ss.; ACCARIAS, *Précis de droit rom.*, II, p. 298; PERNICE, *Labeo*, II, 1, p. 180, n. 4; BECHMANN, *Der Kauf*, III, 2, p. 174 et ss.; HAYMANN, *Haftung des Verk.*, p. 83; GIRARD, *Manuel*, 6<sup>e</sup> éd., p. 577, n. 3.



*empti* peut comprendre aussi la résolution de la vente, et à en donner aux §§ 5 et 6 des exemples, étrangers d'ailleurs à la matière des vices. Au reste, qu'il s'agisse d'une action *empti* représentante de l'action rédhibitoire ou d'une action *empti* purement civile *ad resolvendam emptionem*, il est certain qu'elle est étrangère à la rédhibition que VERRIUS nous montre avoir existé dès l'an de Rome 585. Car cette date a précédé d'environ deux siècles l'époque où LABÉON et SABINUS ont eu l'idée d'une rédhibition comprise dans le *iudicium empti*, idée à laquelle, beaucoup plus tard encore, ULPIEN, ou probablement, par interpolation du mot *nos*, JUSTINIEN <sup>1)</sup>, n'a pas jugé inutile de donner son approbation.

Au surplus, même dans le dernier état du droit romain, nos sources ne contiennent aucun exemple d'une action *ex empto* aboutissant à la résolution de la vente à raison d'un vice de la chose.

Les textes, qui admettent l'action *ex empto* pour cause de vices, se bornent généralement à la mentionner, sans se prononcer sur le but qu'elle poursuit. Ils la déclarent admissible à l'égard des vices de l'âme de l'esclave dont le vendeur avait connaissance et l'opposent à l'action rédhibitoire <sup>2)</sup>.

Seul un texte d'ULPIEN rapportant une décision de JULIEN : D, 19, 1, De A. E. V., l. 13 *pr.*, examine la question de savoir quels sont les résultats de l'action *ex empto* à raison d'un vice de la chose vendue. JULIEN, citant les exemples d'un esclave malade et de matériaux de construction vicieux, décide que le vendeur est tenu de payer soit la moins value de la chose soit des dommages-intérêts, suivant qu'il a ignoré ou connu le vice. Il ne fait aucune allusion à une rédhibition.

Les termes de VERRIUS : *redhibitus ob aliquod vitium receptusque* ne peuvent donc s'entendre que d'un esclave vicieux dont la rédhibition et la reprise ont été faites non pas sur l'action *ex empto*, mais sur l'action rédhibitoire en vertu de l'édit des édiles.

C'est d'ailleurs le sens constamment attribué par nos sources aux locutions : *ob vitium redhibitio*, *propter vitium redhiberi* <sup>3)</sup>, locutions identiquement semblables à celle de VERRIUS FLACCUS.

<sup>1)</sup> En ce sens PAMPALONI, *Archivio giuridico*, LV, 1895, p. 509.

<sup>2)</sup> D., 21, 1, De aed. ed., l. 1 § 9 *in fine*, § 10, § 11, l. 2, l. 4 *pr.*, § 4.

<sup>3)</sup> Voir par ex. : D., 21, 1, De aed. ed., l. 4 *pr.*, l. 34 § 1, l. 38 § 10, l. 59 § 1; PAUL, *Sent.*, II, 17, 5.



Ce témoignage de l'existence de notre édit, tiré d'une interprétation erronée du discours de CATON père, prononcé en l'an 585, est en concordance frappante avec celui de la même époque qui nous est fourni par un *responsum* de CATON fils. Les deux témoignages, qui nous paraissent l'un et autre pleinement probants, se confirment mutuellement et peuvent servir aussi à atténuer les doutes qui pourraient subsister à l'égard de la force probante du passage du *Mercator* de PLAUTE. Car, s'il est vrai que l'action rédhibitoire était en usage en 585, il ne serait pas étonnant qu'elle eût existé déjà du temps de PLAUTE, dont les pièces conservées ont paru entre 549 et 570.



# REMARQUES SUR LES TRAITS ORIGINAUX DE L'ANCIEN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS<sup>1)</sup>,

PAR

E. MEYNIAL (PARIS).

---

Vous m'avez permis de rechercher durant quelques instants avec vous les traits originaux de notre droit privé français. La recherche est délicate et suppose quelque attention. Ce qui frappe en effet tout d'abord dans notre droit, bien plus que son originalité, c'est l'éclat presque aveuglant de son ascendance. Il n'est pas douteux, soit par suite de l'importance numérique de la population gallo-romaine dans l'ensemble des habitants du sol de l'ancienne Gaule, soit par l'effet du prestige légitime dont ont joui à travers tout le moyen-âge le nom, le droit et l'empire de Rome, soit enfin à cause du caractère robuste, presque indestructible dans sa fermeté, de la construction technique romaine en face du caractère plastique, presque fluide des institutions barbares, il n'est pas douteux qu' à cause de tout cela, la plus grande partie de notre législation civile conserve encore un aspect romain. Et peut-être qu'avec un recul suffisant dans le temps, dans quelques siècles, vue de loin, toute notre civilisation moderne apparaîtra comme la continuation naturelle, après une coupure de quelques siècles troublés et anarchiques, de l'évolution du monde romain, pas plus dissemblable du monde romain passé que dans l'histoire de la vieille Egypte le Moyen ou le Bas Empire ne le sont du Haut Empire. Cette constatation même doit nous enlever l'espoir de rencontrer chez nous une vigoureuse et comme bruyante originalité qui se prêterait aux oppositions et aux contrastes.

---

<sup>1)</sup> Lecture faite à la section d'histoire du droit au Congrès International des Sciences Historiques tenu à Bruxelles, avril 1923.



Ajoutez encore qu'à l'inverse du droit romain et en vue d'en détruire le prestige, depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> s. et durant tout le cours du XIX<sup>e</sup> la science allemande a fait les efforts les plus suivis et à certains points de vue les plus méritoires pour dégager, des législations d'origine germanique, les traits qu'on jugeait propres à la race, pour les organiser en système et leur donner une résistance logique qu'ils n'avaient sans doute pas encore acquise avant la venue des SAVIGNY, des GIERKE et de bien d'autres. Elle a créé ainsi, en face du système romain, un système germanique qu'elle a projeté dans le passé lointain de la race, qu'elle s'est complue à comparer avantageusement au système romain, comme on aimait à opposer, dans le rôle qu'elles pourraient jouer dans l'humanité, les races germaniques aux races latines.

Notre droit national français s'est alors trouvé comme comprimé entre ces deux armatures rivales et parfois brutalement mis en demeure d'opter entre l'une ou l'autre des deux cultures, sans qu'on lui permit de conserver le culte de sa vieille tradition autonome, de sa demeure tout imprégnée d'esprit familial et chrétien, douce et accueillante sans contrainte, ordonnée sans raideur, indulgente plutôt que brutale, plus soucieuse d'être aimée que d'être crainte. Combien cette condition étroite faite à notre droit national semble singulière à ceux qui portent leurs regards un ou deux siècles en arrière, alors que de principes du droit germanique il n'était pas question; que ce qu'il pouvait y avoir de personnel dans l'âme obscure des populations d'Outre-Rhin avait été submergé depuis le XVI<sup>e</sup> siècle par le droit romain; alors qu'à l'inverse, nos vieux coutumiers inclinaient de plus en plus à refuser au droit romain chez nous, même le rôle de droit supplétoire pour l'attribuer ou à la Coutume de Paris ou au droit commun coutumier! C'est qu'alors le droit du pays de France semblait à tous le plus mesuré, le plus équitable et le mieux conçu de tous. Ne serait-ce pas une originalité à laquelle nous autres, ses historiens, nous pourrions prétendre de nouveau pour lui?

De tout ce que je viens de dire ne faut-il pas conclure que ce n'est peut-être pas dans la forme extérieure du droit, dans ce qu'HERING en aurait appelé l'architecture que nous devons chercher l'originalité du nôtre, mais d'abord dans l'esprit qui l'inspire et aussi dans la manière personnelle dont il a utilisé matériaux



ou théories que d'autres avaient élaborés et qui jonchaient son sol? Ce sont en effet les questions qu'il faudra nous poser au cours de l'excursion rapide à laquelle je vous convie.

I. Et d'abord la plus grande institution qui ait servi à notre reconstruction sociale après les désordres de la décadence carolingienne et qui ait conditionné tout notre droit public et privé jusqu'à la révolution de 1789, c'est l'institution féodale.

Il n'est pas douteux, si l'on veut rechercher ses origines, qu'elle n'est qu'une heureuse combinaison d'usages du Bas Empire et de traditions germaniques anciennes, fortifiée par la puissante contrainte religieuse du serment et rendue indestructible par la base foncière sur laquelle on l'a cimentée. L'institution féodale a permis depuis le XI<sup>e</sup> siècle de restaurer la discipline disparue, de faire renaître la sécurité, d'établir sur des bases fixes, durables, non arbitraires, les rapports de subordination et de supériorité qui restaient antérieurement à la merci des forces brutales. C'est en France qu'elle a donné ses plus beaux fruits. Elle a pénétré chez nous aussi bien le droit privé que le droit public. Elle s'y est épanouie en une construction reliant en un même édifice non seulement le fief proprement dit mais, au dessus de lui, la seigneurie, presque la royauté, et au dessous de lui toutes les formes du vilenage, sans compter tous les démembrements dépourvus de toute suzeraineté féodale, mais créés sur son modèle, comme les rentes foncières, les emphytéoses et même parfois les rentes constitués. Le facteur le plus décisif de son développement a été certainement le droit romain auquel, après la renaissance bolonaise, il a emprunté le système des actions directes et utiles d'où il a fait sortir la belle systématisation du domaine direct et du domaine utile dans ses échelons successifs et dans son caractère essentiellement relatif et comme à double face.

Si l'on recherche l'esprit selon lequel la construction s'est élevée; il apparaît qu'on a voulu dès l'abord que le fief fût avant tout une *institution de protection*. C'est bien cette pensée de protection contre l'oppression et le brigandage qui inspirait les premiers recommandés, quand ils se faisaient les „hommes” du puissant du voisinage et c'est en échange de cette protection qu'ils abandonnaient au puissant leurs biens et leur personne, la propriété d'eux-mêmes. Puis à mesure que l'institution déborde en dehors



des petites gens qui l'ont d'abord pratiquée, à mesure qu'elle s'étend aux hommes d'armes plus aptes à se protéger eux-mêmes, plus impatients d'une totale soumission, la valeur sociale des services du subordonné s'accroissant, on insiste davantage sur la réciprocité des engagements que comportait le fief. Vint même le jour où on s'attacha surtout non plus à protéger le subordonné contre le brigandage extérieur, car la paix commençait à être restaurée, mais à le défendre contre les exigences désormais excessives de son suzerain. C'était la fonction de protection comme retournée contre le protecteur. Le fief y suffit encore. Il y parvint en établissant une solidarité entière entre l'homme et la terre, qui était pourtant comme le symbole de sa sujétion. La terre et l'homme ne firent plus qu'un; la subordination de l'homme dérivait de celle de la terre à laquelle il était attaché et ne comporta à la charge de l'homme que la prestation des services que devait la terre et ne l'en laissa grevé qu'aussi longtemps seulement qu'il conservait la possession de cette terre, avec faculté pour lui de s'y soustraire en faisant abandon de cette terre. Le caractère personnel de la subordination disparut: *la subordination se fit réelle.*

Cette consolidation de l'homme et de la terre est comme la première étape dans l'évolution féodale. Elle fut d'autant plus favorable au subordonné qu'on n'en concluait pas toujours que, par réciprocité, le protecteur eût, de son côté, la faculté de dénoncer le pacte de supériorité, en retirant au protégé qu'il rejetterait la possession de la terre.

Cette différence de traitement tenait à ce que le droit du subordonné dans la terre s'accroissait à mesure qu'à travers les générations s'accumulait la somme de travail incorporé à la terre par la longue série de ceux qui l'avaient cultivée. Par l'effet naturel du progrès de la richesse et de la sécurité au contraire, les prérogatives que méritait la fonction de protection s'amoindrissaient. Dans le domaine de la construction juridique, ces grands faits sociaux, de longue amplitude, se traduisaient par l'octroi au tenancier d'un droit dans la terre, droit d'abord insignifiant, soumis à bien des contingences, puis s'affirmant croissant avec les siècles, entrant en balance avec le droit complémentaire du protecteur, le rejoignant, le dépassant et le submergeant enfin dès avant la Révolution, puisque POTHIER déjà affirme que le vrai propriétaire



de la terre c'est le subordonné, le protecteur n'ayant sur elle qu'un droit de servitude. J'ai esquissé en quelques phrases l'histoire des rapports du domaine direct et du domaine utile que mon collègue CHÉNON a écrite il y a déjà près de quarante ans.

Pardonnez-moi Messieurs, d'avoir retracé à la fois trop et trop peu une évolution aujourd'hui bien connue. Ne le fallait-il pas pour dégager d'une part l'œuvre accomplie et d'autre part la méthode suivie pour l'accomplir?

L'œuvre? Elle est admirable puisqu'elle n'est rien moins qu'un vaste affranchissement de toutes les classes sociales inférieures, une irrévocable disparition du servage et, concurremment, une lente et patiente expropriation de tous ceux qui n'avaient plus d'autre titre à la possession de la terre que les services rendus sept ou huit cents ans auparavant par leurs ancêtres ou ceux de leurs ayants-cause, au profit des travailleurs obscurs et tenaces du pays de France. Il n'est personne qui aujourd'hui consentirait à en nier la grandeur. Le monde romain n'en a pas connu de semblable. Eh bien n'est ce pas, en dehors de toute considération d'esthétique juridique, une belle création que celle qui a permis ce progrès régulier, persévérant à travers les siècles sans s'être jamais démenti et sans que rien ait jamais pu en entraver la marche?

L'œuvre, direz-vous, n'est pas spéciale au droit français. Elle s'est étendue à tout l'occident de l'Europe. Cela est vrai. N'empêche que c'est en France que le système s'est constitué et achevé. C'est de chez nous qu'il est parti pour conquérir l'Occident. Et c'est chez nous que la conception du domaine direct et du domaine utile s'est épanouie, comme c'est chez nous que le fait et le droit ont marché du même pas, se soutenant l'un l'autre jusqu'au terme dernier qu'ils ont atteint en France plus vite qu'ailleurs.

La méthode suivie? et le caractère de son originalité? Il n'est pas douteux que la construction juridique du fief a une base romaine, la distinction prétorienne des actions directes et des actions utiles ainsi que l'exemple de certains droits réels prétoriens, comme la superficie ou l'ager vectigalis. Je concède même que la conception fragmentaire et multiple du droit de propriété dans les législations germaniques a facilité l'avènement du double domaine. Mais qui donc a pensé à utiliser tout cela dans cette vue précise et pratique de la protection puis de l'affranchissement, sinon toute cette



longue lignée de juristes inconnus, romanistes purs pour les premiers, mais surtout romanistes ultramontains conscients des nécessités coutumières comme notre JEAN FABRE, ou même simples coutumiers? L'originalité a consisté ici dans l'emploi judicieux de tous ces matériaux en vue d'un but social quotidiennement poursuivi et dans la solidité du travail cimenté par une pensée généreuse et équitable.

II. L'organisation féodale est le centre de tout le droit public primitif et de tout le droit privé français. De même l'organisation foncière sur laquelle elle s'appuie, si on veut bien la considérer en dehors de son rôle politique, est la pièce maîtresse de toute la vie familiale française. La famille et la terre se soutiennent mutuellement. La terre appartient à la famille: c'est elle qui la détient, l'exploite, en contrôle la transmission. Et de son côté la famille est si bien liée à la terre qu'elle en prend le nom dans la classe la plus élevée et que dans les classes inférieures elle en fait partie, presque à la manière du matériel d'exploitation. Et ce lien ne repose pas sur la contrainte: Nulle part peut-être autant que chez nous ne s'est épanoui ce sentiment touchant qui confond dans l'amour de la tenure, de la vieille maison de famille, si humble soit-elle, la pitié envers tout le passé et toute la lignée. On croirait que cette race assoifée d'éternité paisible et bien assise a cru saisir son rêve en associant l'existence éphémère de chacune de ses générations successives à la pérennité de ses grands bois, à ses douces prairies ou à ses moissons chaque année renaissantes. Cela ne vaut-il pas, dirait la voix éloquente de notre regretté maître M. LEFEBVRE qui a si bien dégagé ce trait de notre pays, cela ne vaut-il pas le culte antique du foyer et des petits dieux lares taillés parfois à la mesure des craintes enfantines d'une humanité superstitieuse?

Cette importance donnée à la terre dans la vie familiale s'est traduite dans le domaine juridique par la construction de la théorie des propres opposés aux acquêts. Le propre, c'est l'immeuble de famille qu'on a trouvé dans la succession d'un parent, c'est *l'héritage*, comme dit notre vieux BEAUMANOIR. Son caractère, c'est qu'il est dû au lignage, à lui seul et à tous ceux qui descendent de l'ancêtre qui a mis l'immeuble dans la famille. A la mort du détenteur actuel, il passe au plus proche lignager et non pas au plus proche parent du défunt, par la vertu d'une sorte de substitution



perpétuelle, chacun des possesseurs successifs n'en étant investi que sous la charge de le transmettre à sa mort au plus proche après lui. Pour assurer cette transmission, la loi lui interdit de le vendre à un étranger, à moins que du consentement exprès ou tacite des lignagers sanctionné par leur droit de retrait; elle lui défend aussi de le léguer sous la sanction de la réserve des quatre quints des propres. Elle le dissuade enfin de le donner entre-vifs par la règle donner et retenir ne vaut, à laquelle s'adjoindra plus tard la légitime romaine. Il y a là tout un système préventif, de sauvegarde des droits de la parenté, bien construit et indéniablement particulier à notre ancien droit français.

Il n'est pas venu des Romains, bien qu'ils en aient fourni la matière. Les Romains de la République étaient bien un peuple avant tout agricole, et si le caractère de leur civilisation s'est modifié lors des grands changements qui ont amené l'Empire, il n'est pas douteux pourtant que, sous l'Empire même, la grande oeuvre romaine n'ait été le défrichement des campagnes, la fondation de ces grandes exploitations rurales dont le centre était la villa du grand propriétaire, un homme parfois de race sénatoriale, menant sur ses terres la vie large et somptueuse d'un grand seigneur, grand chasseur, grand frondeur vis à vis de l'autorité impériale dont il malmène souvent les obscurs fonctionnaires. Ce sont ces villas qui morcelées, durant la période carolingienne ont souvent formé le noyau des seigneuries féodales et au dessous d'elles des diverses tenures foncières où se perpétuent les familles de serfs. Tout cela est vrai, mais jamais les Romains n'ont songé à construire sur cette notion du domaine foncier familial une institution juridique de quelque ampleur. Peut-être bien, comme le suggère quelque part M. LEFEBVRE, que leur génie positif se refusait à bâtir sur des raisons de pur sentiment comme l'ont fait nos pères.

On entrevoit au contraire dans le monde germanique des tendances et des usages bien plus proches de nos institutions. C'est d'abord un sentiment très profond du groupement et de la solidarité familiale. On sait comme se répercutent à l'infini à travers les générations les haines et les vengeances collectives. Quand, après l'entrée des Francs en Gaule se répandit et se constitua dans la race germanique la notion d'une propriété foncière familiale



et non plus collective, on se prit vite à considérer le bien foncier de famille comme digne d'un intérêt particulier; on le soumit à un régime différent de transmission héréditaire, celui de la *terra Salica* ou *aviatica* d'où les femmes sont exclues. Cela aurait pu être le point de départ d'une évolution semblable à la nôtre. Et de fait on en conserva dans le monde germanique une considération toute particulière pour la richesse immobilière. Le régime de transmission des immeubles et celui des meubles y ont évolué distinctement et différemment. Mais parmi ces immeubles on n'a pas maintenu la distinction entre ceux qui viennent des ancêtres et ceux nouvellement acquis. Les uns et les autres sont traités de la même manière soit quant à leur transmission soit quant à leur sauvegarde. Le lien qui unit chez nous la famille à la terre, la solidarité entre les deux n'y apparaît pas, du moins avec une intensité comparable. Et dès lors toute la construction dont cette solidarité est la base y est inconnue.

L'œuvre accomplie chez nous? Elle a consisté à donner aux rapports de famille une solidité et une durée en rapport avec la pérennité du bien qui lui sert d'assiette. Elle a fait chez nous de la famille par le sang une entité qui reste le fondement de toute notre vie sociale.

La méthode employée pour l'accomplir? Ici c'est une véritable création. Il a fallu tout un système nouveau pour traduire dans son intensité le sentiment populaire. Et ce système s'est relié de lui-même au régime féodal auquel il a parfois emprunté quelques traits. Si on pouvait pénétrer dans le détail de la construction, on en apercevrait vite toute la finesse et la puissance tant par ses réserves que par ses accroissements successifs. On y signalerait à la fois cette théorie de la subrogation réelle qui a permis de parer au danger de figer les immeubles dans une condition nuisible à leur bonne utilisation économique, tout en conservant au patrimoine familial sa consistance — et aussi cette extension en dehors du bien foncier de la notion de propre, rendue nécessaire par l'avènement de biens nouveaux qui assurent à la famille d'une manière aussi durable que le fonds de terre non seulement son pain quotidien, mais sa condition sociale et comme son honneur. Cette création originale et puissante ne vaut-elle pas d'être relevée?



III. De la terre sur laquelle vit la famille, pénétrons dans la famille elle-même. C'est à la constitution et à l'organisation de la molécule familiale élémentaire, du groupe du père, de la mère et des enfants que s'est appliqué l'effort du monde occidental depuis l'avènement du christianisme. Il l'a voulue par dessus tout indissolublement unie de pensée, d'affection et d'intérêts. Comme l'a si hautement établi M. CHARLES LEFEBVRE c'est la parole de la Bible: „erunt duo in carne una.” qui constitue la base même du droit matrimonial moderne.

Mais à y regarder de près la maxime fondamentale a eu des conséquences juridiques bien variées selon les régions où on étudie son développement. Tandisqu'en Normandie et surtout en Angleterre elle a mené à l'absorption de la femme par le mari dans un régime qui rappelle celui de la manus romaine; tandisqu'en Allemagne, en pays saxon, s'est instaurée une organisation qui laisse au mari tous les acquêts faits durant le mariage sans que la femme y participe, en Franconie au contraire et dans l'Allemagne occidentale où l'influence salienne et ripuaire sont plus sensibles, on est allé jusqu'à l'extrême opposé. La communauté issue, comme chez nous du texte sacré, est devenue une communauté universelle de tous biens. On peut dire que la famille par le sang est sacrifiée au groupe plus restreint et plus jeune issu du mariage. La solution n'est pas surprenante dans un pays où comme je l'ai dit, on n'a pas su donner au bien de famille une consistance qui le maintienne à travers les générations.

A y réfléchir, le problème social que pose toujours le régime matrimonial est en effet celui de la combinaison des droits de la famille déjà constituée et de ceux du nouveau groupe qui va tendre à se distinguer du premier. Les Romains avaient conçu avec trop de rudesse impérieuse la famille antique, en substituant pour la fonder le lien de puissance au lien du sang. Ils devaient échouer dans toute construction conjugale. Au fond le mariage n'a pas sa place vraie et propre dans la technique romaine, puisque la femme ou est entièrement subordonnée à la famille de son mari ou lui reste totalement étrangère, avec cette unique fonction de donner à son mari des enfants dont elle n'est même pas la parente, conservant sa fortune particulière afin de pouvoir se faire une existence de voyageuse autonome, affranchie de



tous soucis de famille ou d'affection. Le christianisme a renversé les termes de la solution romaine. Par faveur pour le mariage, il a amoindri, souvent réduit à rien le rôle de la famille ancienne dans la formation de la nouvelle famille et voulu aux nouveaux époux une fortune indépendante du groupe familial antérieur, mais commune entre mari et femme. Il a parfois même exagéré cette donnée en transférant à la nouvelle communauté tous les biens de chaque époux même ceux qu'il tenait de son lignage, comme dans l'Allemagne occidentale et en les soustrayant ainsi parfois à leur rôle durable dans la famille ancienne, au profit d'un étranger comme le nouvel époux.

L'originalité de notre droit national consiste au contraire dans un heureux équilibre entre les droits du passé qui veut durer et ceux du présent. Au passé et à ceux qui le soutiennent reviennent les biens qui servent de fondement à la vie familiale, les propres. Ils entreront dans la fortune du nouveau groupe quant à leur jouissance, mais l'ancien groupe garde sur eux son droit supérieur. Ils ne resteront aux nouveaux époux que pour être transmis par eux à une postérité qui continuera l'antique lignée. A défaut de postérité, ils reviendront aux lignagers. Tout n'est donc pas commun entre les époux. Chacun d'eux conservera en propre les biens qu'il tient de sa famille. Et la séparation entre les patrimoines propres des époux est allée en s'accroissant quand se sont formées les théories des reprises, des récompenses, du remploi qui ne sont que des applications nuancées du même désir de protection du bien du lignage.

On trouverait un égal souci de la mesure si l'on examinait la condition pécuniaire de la femme durant la vie conjugale. A l'union il faut faire le sacrifice de l'autonomie complète de la femme, car à toute association il faut un chef. Ce rôle directeur du mari, affranchi de toute surveillance efficace, était sans grands risques pour la femme tant que le commerce contractuel restait peu développé. Il devient plus dangereux lorsque les obligations se multiplient et que les immeubles eux-mêmes en répondent. C'est alors qu'ont apparu, pour tempérer le danger de cette subordination de la femme, toute une série de mesures de protection dont notre droit a pu trouver la formule originaire dans la loi romaine qui avait eu cette protection pour unique souci, tels que séparation de biens, bénéfice d'émolument, droit de renonciation



et même principe de la liberté des conventions matrimoniales.

L'œuvre accomplie, elle est ici encore toute de mesure et de conciliation. Tout imprégné d'esprit chrétien d'union et de fusion des deux époux en une seule chair, en une seule âme, notre droit des gens mariés s'est pourtant refusé à sacrifier tout le passé aux hasards d'une passion parfois aveugle, comme plus tard, après le concile de Trente, il se refusera à supprimer la nécessité du consentement des parents pour la validité du mariage. De même, tout prêt à subordonner à l'intérêt familial d'une direction unique l'individualité de la femme, il s'est pourtant attaché à la protéger contre une gestion arbitraire et malheureuse. Il en a fait comme la surveillante soumise, longtemps impuissante, jusqu'au jour où apparaissent nettement en danger les intérêts de ses enfants dont elle a, tout comme le mari, la charge.

Les moyens employés? Ils ont été, comme toujours, empruntés çà et là au vieil arsenal du passé romain ou franc. De Rome s'inspirent les mesures de protection de la femme, comme la séparation de biens, le bénéfice d'émolument, la renonciation à la communauté ou même la théorie des récompenses. Mais l'originalité a consisté à n'emprunter à la loi romaine que les institutions vraiment et purement protectrices, et à résister à la contagion des mesures qui, souvent dans une pensée de méfiance vis-à-vis de la femme, consacrent à Rome son incapacité: qu'on se rappelle la longue réaction nationale contre le Velléien jusqu'au couronnement de cette résistance par l'édit de HENRI IV qui supprime le Sénatus-consulte! Loin de vouloir maintenir la femme, comme à Rome, dans une condition subordonnée ou étrangère, notre droit l'a toujours placée vis à vis de son mari sur un pied d'égalité et de considération qu'elle n'a obtenu nulle part ailleurs. Et si l'on a pu soutenir avec quelques apparences de raison que l'origine première de l'autorité et de l'autorisation maritales se trouvent dans le vieux *mundium* germanique, il a fallu du moins concéder que son esprit avait été si profondément renouvelé chez nous par l'influence chrétienne et proprement française que beaucoup se refusent à admettre pareille filiation.

IV. Des parents venons-en aux enfants et même surtout aux orphelins. Loin de moi la pensée d'exposer ici la condition des sous-âgés. Elle est trop touffue et trop diverse. Elle exigerait un



temps bien plus long que celui que vous voulez bien m'accorder, avec les vieilles règles germaniques si longtemps survivantes et destinées à arrêter toute action en justice pour ou contre l'enfant et à interdire toute aliénation de ses immeubles; avec ses modes de protection, bail ou garde, variables suivant la nature du bien qui appartient au sous-âgé. Aussi bien tout cela, à mon sens, n'est pas entièrement de notre terroir national, pas plus que bien des règles de la tutelle empruntées au droit romain. Ici encore j'aurais bien envie de dire que la direction de notre droit a appartenu au sentiment.

A vraiment parler, Romains et Germains, tous deux assez près de leur intérêt pécuniaire se sont attachés plutôt à la protection des biens qu'à celle de la personne, de la vie, de l'âme de l'enfant. C'est à cause de cela qu'ils n'ont pas cru pouvoir mieux faire que de confier l'enfant à celui-là même à qui les biens de l'enfant doivent revenir après sa mort, à son héritier présomptif. Et dès lors quel besoin de prendre à l'égard du tuteur des mesures de surveillance, alors que ce tuteur aura tout intérêt à entretenir les biens de l'enfant comme les siens propres? Une seule chose est à assurer, c'est la restitution à l'enfant de son patrimoine à sa majorité et la règle qui prohibe l'aliénation des immeubles y suffit.

Mais à ce compte, que pouvaient bien d'abord devenir les enfants sans patrimoine? Et même à les supposer riches, quels risques ne couraient pas la vie, la santé et l'âme de l'enfant! C'est à ces dangers surtout qu'a voulu parer notre droit national en créant au profit de l'enfant un organisme de contrôle nulle part aussi soigneusement élaboré.

Durant les temps mérovingiens, combien d'enfants ne durent pas périr au milieu des luttes brutales et quotidiennes que nous décrivent les historiens! Le seul lieu de refuge pour les pauvres abandonnés était le monastère. Rien de plus touchant que les efforts des moines pour se faire confier des enfants ou que la narration de la vie familiale qu'on leur faisait mener sous la direction du scolasticus et l'autorité paternelle de l'abbé. Lisez les récits de la jeunesse d'ALCUIN. Quand vinrent les Carolingiens, les doctrines morales et sociales que les théoriciens de l'Eglise avaient élaborées furent traduites sous la forme de devoirs imposés au roi, au chef, vicaire temporel de Dieu. La protection des faibles devient un



attribut et une charge de la puissance souveraine non plus seulement au profit de recommandés ou de personnes individuellement placées *in verbo regis* mais au profit de tous les faibles quels qu'ils soient. Du roi, elle passe au seigneur. Tous les enfants ont désormais un soutien. BEAUMANOIR de sa grande voix nous le rappelle<sup>1)</sup>. Riches ou pauvres seront également protégés : pauvres<sup>2)</sup>, directement par le seigneur ; riches<sup>3)</sup>, par celui que seigneur aura désigné, mais qu'il surveillera et qui devra lui rendre compte au moins une fois l'an. Voilà le progrès capital, et accompli spontanément, sans l'instigation d'aucune force étrangère.

Et en voici le développement. Ce n'est pas seulement l'enfant abandonné qu'il faut soutenir. Parfois mieux vaudrait pour l'enfant n'avoir pas de parents ; parfois c'est contre ces parents, qui devraient veiller sur lui, qu'il convient d'abord de le protéger. La mission du seigneur s'exerce ici encore. Et d'abord il interviendra dans le choix du tuteur à côté des parents ou même contre eux<sup>4)</sup>. C'est en ce sens que LOYSEL dira plus tard que chez nous toutes les tutelles sont datives<sup>5)</sup>. La tutelle commencée, il exercera un contrôle sur la manière dont la tutelle est administrée, non pas seulement au point de vue pécuniaire, mais encore au point de vue moral. Bien mieux encore, la surveillance du seigneur s'étend à l'enfant qui

<sup>1)</sup> Cout. de Beauvaisis, ch. XVII, éd. Salmon n°. 571. „Quant aucuns enfes ou pluseur demeurent orfelin et sousaagié, et il n'est nus prochiens parens à qui li baus ou la garde apartiegne d'aus, ou ils ont bien teus parens à qui ele appartient, mes ils ne la vuelent pas prendre, *toutes teus manières d'enfans, soient franc ou gent de poosté. chieent par droit commun selonc la coustume de la contée en la garde du seigneur.*

<sup>2)</sup> Eod. loc. : „Et a teus manières d'enfans, s'il n'ont riens, li sires les doit fere pourchacier tant qu'il puissent estre nourri ; et avant doit il metre taille seur ses sougis, que li enfant muient par defaute de nourreture.”

<sup>3)</sup> „Et se li enfant ont aucune chose de leur droit, li sires leur doit baillier une manière de garde qu'on apele tuteurs, et cil tuteur doivent... rendre conte au seigneur bien et loiaument chascun an une fois au meins.”

<sup>4)</sup> Cout. de Beauvaisis, ch. XVI, n°. 567. „Li juge ne li seigneur des orfelins ne des sousaagiés ne doivent souffrir en nule manière que nules *personnes soupçonneuses* soient amenistreeur ne procureur de leur besoigne, ne garde de leur personnes — *tout soit-il ainsi que li parent as orfelins et as sousaagiés le vusissent souffrir* — pour ce que generaument li seigneur ont la garde des orfelins et de sous-aagiés *par deseur tous...*”

<sup>5)</sup> Instit. contum, I, 4. 6.



a perdu un seul de ses parents et se trouve sous la puissance paternelle de l'autre. C'est même pour ce dernier cas que BEAUMANOIR nous a laissé les formules les plus significatives. Tant que les deux parents vivront, il semble que le seigneur ne puisse intervenir. Mais dès que l'un des deux disparaît on estime que l'enfant n'est plus en pleine sécurité. BEAUMANOIR précise les hypothèses dans lesquelles le seigneur ou son juge auront à veiller: c'est d'abord à l'occasion d'un projet de mariage peu conforme à la condition ou aux intérêts de l'enfant <sup>1)</sup>. Le juge pourra exiger du père ou du tuteur la promesse de prendre l'avis des parents avant de conclure le mariage et, à défaut de promesse, „lui oster les enfants" et les donner à un autre parent. Un second cas est quand le père ou le tuteur ne livrent pas „soufisant soutenance à l'enfant" <sup>2)</sup>; un 3<sup>e</sup> quand le tuteur est héritier présomptif de l'enfant et a mauvaise renommée <sup>3)</sup>; le 4<sup>e</sup> quand le père ou la mère se remarie et que le parâtre ou la marâtre „mènent mauvaise vie" à l'enfant ou lui montrent „semblant de haine" <sup>4)</sup> et enfin le 5<sup>e</sup> quand celui qui tient l'enfant est de si „fol maintenant qu'il n'a en lui ni conseil ni aréance". Ce n'est pas le fou, qui ne pourrait consentir, mais l'homme sans bon sens, fantasque. Dans tous ces cas, dont le dernier est susceptible d'une grande extension, le seigneur peut enlever la tutelle et la mainbournie. Jugez de la distance à laquelle nous sommes, soit des lois barbares qui n'organisent aucune surveillance de la tutelle, soit même du droit romain où il n'est guère question que des intérêts pécuniaires de l'enfant, et seulement à la fin de la tutelle, lors de la reddition de comptes ou dans les cas graves mais très rares où on pourra révoquer le tuteur?

J'ai signalé que le seigneur pouvait être aidé dans son rôle de surveillance par ceux qu'on appelle les „amis charnels" de l'enfant, parents paternels ou maternels de l'enfant, trop éloignés pour être héritiers présomptifs ou tuteurs et qu'une affection désintéressée pour l'enfant peut seule inspirer. Leur intervention prendra la forme d'une dénonciation au juge sans qu'on les oblige à une procédure dont

<sup>1)</sup> Eod. loc. Salmon, n<sup>o</sup>. 632.

<sup>2)</sup> N<sup>o</sup>. 633.

<sup>3)</sup> N<sup>o</sup>. 634.

<sup>4)</sup> Eod. loc. n<sup>o</sup>. 635.



la perspective pourrait décourager leur bonne volonté. Ces „amis charnels” sont comme le prototype de notre conseil de famille, l'institution peut être la plus significative et la plus curieuse de tout le système. Elle est encore à l'état plastique chez BEAUMANOIR. C'est au XIV<sup>e</sup> qu'elle se consolidera, en même temps que, sous l'influence romaniste, on tentera d'en restreindre la portée d'application. C'est enfin une même pensée de contrôle qui transformera l'ancien curateur romain en subrogé-tuteur, suppléant et surveillant quotidien du tuteur dans sa gestion quotidienne.

Je ne veux pas suivre plus loin cette histoire. Au delà du XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> s., l'influence romaine s'est exercée dans un sens favorable au développement de la puissance du tuteur plutôt que de la protection de l'enfant. Les Parlements ont même parfois accru le droit de correction du père ou du tuteur. Mais si l'on peut constater durant ces siècles de monarchie absolue une sorte de recrudescence du principe d'autorité, il serait impossible de se refuser à admettre que notre législation moderne a fait retour, et avec quelle ardeur, aux vieilles traditions si frappantes du XIII<sup>e</sup> siècle.

D'où viennent chez nous ces tendances? Assurément pas du droit romain, où, si organisée que soit la protection pécuniaire des enfants, le respect de la puissance paternelle, la méconnaissance des droits de la mère et de sa parenté et l'insouciance d'autre chose que de la fortune constituaient des directives si différentes des nôtres. L'influence germanique peut-être moins favorable que la romaine à l'omnipotence du chef est plus indifférente à l'enfant. N'y avait il pas encore au XIII<sup>e</sup> s. des gens qui se refusaient à traiter l'enfant comme incapable, au grand scandale de BEAUMANOIR? <sup>1)</sup> Et le bail et la garde reflètent-ils autre chose que le souci de sauvegarder le patrimoine? N'est-ce pas à cause de cette opposition des conceptions que bail et garde se sont peu à peu amoindris jusqu'à leur disparition? Et alors n'est-ce pas tout simplement encore dans les sentiments de bonté, de pitié et de douceur de notre race qu'il faut chercher la racine et la raison de tout ce développement?

V. La matière des obligations et des contrats devrait être, semble-

---

<sup>1)</sup> Eod. loc. n<sup>o</sup> 536.



t-il, une de celles où se traduisent le moins les traits habituels de notre droit, tels que nous venons de les dégager : c'est le domaine du pur intérêt pécuniaire et la loi romaine l'a exploité avec tant de subtilité que jusqu'à la Révolution, même chez nous, elle y régnait en maîtresse. Quelle place pourrait bien s'y être faite la sensibilité propre à notre race ? Pourtant ici encore, je voudrais tâcher de retrouver quelque chose des mêmes tendances originaires. Je n'insisterai que sur la théorie de la formation du contrat et sur celle du prêt d'argent sous forme de rente foncière ou constituée.

Les Romains ont toujours eu ce qu'on peut appeler le „penchant rituel". Il leur est d'ailleurs commun avec bien des populations primitives. C'est ce besoin de matérialiser par un geste rituel tout acte juridique, de lier la validité d'un acte à l'accomplissement d'une cérémonie qui le consacre. Ce formalisme a le grand avantage, dans la conclusion du contrat, de séparer nettement le simple projet plus ou moins arrêté, plus ou moins mûri, mais non encore définitif, du consentement irrévocablement donné. Il a en même temps l'inconvénient de prêter à l'erreur en faisant croire au consentement dès l'accomplissement du rite, alors que le rite a pu être accompli sans que l'intéressé en ait compris la portée. Les Romains apprécièrent longtemps ces deux aspects du formalisme. Leur sens précis des réalités redoutait de livrer à l'appréciation incertaine, un peu arbitraire du juge la question de la formation du contrat et préférait s'attacher à un symbole. Et, du moins parmi les vieux Romains, leur rouerie de paysan voyait plutôt une bonne habileté qu'une tromperie répréhensible dans le fait d'amener par surprise son co-contractant à l'accomplissement d'un rite qui outrepassait son intention contractuelle. Aussi jamais les Romains n'ont-ils consenti à se dégager entièrement de ce système. Le préteur disait bien „pacta servabo", je respecterai et je ferai respecter la convention toute nue. N'empêche que le droit n'a jamais donné pleine efficacité au consentement qui ne s'est pas enclos dans une forme rituelle, si simplifiée soit-elle comme celle de la stipulation, ou dans un des cadres contractuels fixés limitativement par la loi.

Les Germains, eux aussi, aimaient le geste symbolique. Et c'est une doctrine généralement reçue aujourd'hui en Allemagne que le



droit germanique n'a pas su s'affranchir du formalisme contractuel avant le 17<sup>e</sup> ou le 18<sup>e</sup> siècle.

Chez nous au contraire, je crois bien qu'on a de bonne heure résisté à toute cette conception. Si durant les siècles troublés de la période franque, la puérilité, la grossièreté barbares ont eu recours aux symboles germaniques ou romains pour le transfert de la propriété, l'affranchissement du serf ou la conclusion du contrat, dès que s'éveille la conscience nationale, au XI<sup>e</sup> ou au XII<sup>e</sup> s. on voit les symboles s'amortir, disparaître et faire place à la simple manifestation écrite ou orale de la volonté. C'est peut être dans la cérémonie de la foi et de l'hommage qu'ils ont subsisté le plus longtemps, à cause du caractère plus naturellement rituel du serment. Je ne veux pas dire que dans la conclusion du contrat toute manifestation du consentement dans une forme, généralement la même, ait disparu. Mais cette manifestation n'a rien de nécessaire et ne vaut que dans la mesure où le consentement y est inclus; elle n'a aucune vertu propre et formelle. C'est ce que nous dit très clairement au XIII<sup>e</sup> s. le livre *Jostice et de plaids* <sup>1)</sup>: „convenances font le marché et non pas la paumée — paumée est sennefiance du contrat... le cœur doit suivre la parole.”

Y a-t-il lieu d'être surpris de cette attitude de nos coutumiers du XIII<sup>e</sup> s.? Je ne le crois pas. Qu'on veuille bien réfléchir au grand travail logique accompli chez nous sur le mécanisme de la pensée humaine par la scolastique dès le XII<sup>e</sup> s., à son œuvre d'affranchissement des lisières de la tradition et de la matière; qu'on songe aux préceptes moraux des canonistes que la parole vaut un serment et on comprendra que nos juristes ne se soient plus laissés prendre au caractère factice, un peu puéril et sans franchise, du formalisme et qu'ils aient bien plutôt pénétré jusqu'au fondement vrai et essentiel du contrat, la volonté du contractant.

Pourtant cela n'allait pas sans danger en face d'une population foncièrement honnête mais peu lettrée et à qui il devait être facile d'arracher un consentement dont elle ne devait pas toujours

---

<sup>1)</sup> Li livres de Jostice et de plet. éd. Rapetti. I. 2. 37. p. 8: „... L'en commande... que covenances acordées par bones mors font le marchié, non pas la paumée, et li cuers doit siure la parole; et otroie l'en bien que qui voudre fere la paumée, qu'il la face, car paumée est sennefiance que l'en revest l'achateur par bone foi de marchié.”



comprendre toute la gravité. C'est pour parer à ce danger que nos coutumiers n'ont pas hésité d'un côté à pousser plus loin parfois que les Romains l'étude des vices du consentement et surtout à ajouter pour la formation du contrat à l'exigence du consentement déclaré celle d'une cause. C'est là le trait original de notre droit.

Il serait fastidieux d'insister ici sur la place que tiennent la force ou la peur, la tricherie ou la fraude dans l'étude que BEAUMANOIR consacre aux contrats. On sent bien que si sa doctrine se relie à celle du droit romain, il l'a pourtant comme repensée et reconstruite lui-même: sur les 40 pages consacrées aux *convenances*, il y en a plus de six consacrées à la peur ou à la fraude sans compter son chapitre sur la tricherie.

Mais on saisit encore mieux la vraie direction coutumière à propos de la *cause*. La cause est destinée à renforcer la valeur du consentement, à en prouver l'existence, à supposer que la prestation consciente en soit restée douteuse eu égard à l'absence de formes. Comment discerner si l'ivrogne ne s'est pas laissé entraîner à un consentement trop légèrement accordé, mieux que par la recherche de la cause de l'obligation? Ecoutez encore BEAUMANOIR <sup>1)</sup>. Nos coutumiers n'ont pas, comme les glossateurs ou les canonistes, tenté de construire une théorie de la cause. Mais la nécessité de la cause pour la validité de l'obligation fait comme partie du tréfonds de la conscience coutumière si bien qu'ils n'ont jamais cessé de l'appliquer alors que les romanistes ont rusé avec le droit romain pour en dégager la notion. Lisez encore BEAUMANOIR <sup>2)</sup>.

N'y a-t-il pas dans tout ce développement si concordant quelque chose d'où se dégage comme un parfum d'honnêteté et de spiritualité?

<sup>1)</sup> Cout. de Beauv. Salmon, n°. 220: „... si comme s'il est clere chose qu'uns hons s'enivre volentiers, et ou point qu'il est ivres, il pramet à donner c mars ou c lb. à aucun, et si ne voit l'en pas la *cause* pour quoi il deust tel don fere s'il fust bien à soi, teus don ne teus pramesses ne font pas à tenir....”

<sup>2)</sup> Id. n°. 1096 „.... car la letre qui dit que je doi deniers et ne fe pas mencion de quoi je les doi, est *soupeçonneuse chose de malice*; et quant tele letre vient en court, si doit savoir li juges la *cause* dont cele dete vint avant qu'il la face paier.”



b) Me laisserez-vous enfin vous signaler la caractère si curieux, dans notre droit des obligations, du prêt d'argent par voie de rente foncière ou constituée, tel que l'a si bien analysé mon collègue M. OLIVIER MARTIN dans son beau livre sur la Coutume de Paris?

Il ne s'agit pas, bien entendu, même d'en résumer l'histoire si complexe, parfois si contournée pour qui néglige les faits qui ont conditionné son développement ou les sentiments qu'il s'efforce de traduire. Je ne voudrais qu'en rappeler très brièvement l'esprit.

A Rome, prêteur et emprunteur sont traités par la loi sur un pied d'égalité abstraite qui ne permet que trop souvent l'écrasement du débiteur, aux époques où la rareté du capital empêche la concurrence entre les prêteurs. Rappelez-vous l'acuité de la question des dettes sous la République, qui n'a d'égale que celle de la question agraire. L'Eglise, la grande protectrice des faibles, mue par un sentiment profond de commisération et de charité, pour empêcher le renouvellement de pareilles misères, a prohibé le prêt à intérêt, et poursuivi sous toutes ses formes le profit exagéré du trafiquant. Mais son interdiction trop absolue ne devait pas tenir devant la double complicité du prêteur qui se refusait à prêter sans profit et du malheureux que le refus du prêteur mettait aux abois. Après des tentatives peu durables de solution au moyen du mort-gage ou du vif-gage, notre droit finit par trouver comme une charte acceptable pour les deux parties et que l'Eglise toléra : c'est la rente. C'est un instrument complexe, contourné, d'esthétique juridique douteuse, mais de remarquable efficacité que la théorie des rentes.

Jugez en plutôt par ses grandes lignes. Le meilleur moyen de réjouir la cœur du créancier, de le pousser à la mansuétude, c'est d'abord de lui donner pleine sécurité. C'est pour cela que, durant toute la période économiquement difficile, le prêt sera garanti par un immeuble sur lequel on accordera au créancier un droit réel. Mais voyez aussitôt comme cette garantie souhaitée par le créancier, on la fera tourner au profit du débiteur. Le créancier a confiance dans la terre : eh bien, c'est la terre qui va devenir sa débitrice. C'est sur elle qu'on fera glisser tout le poids de la dette. Reconnaissez là le même processus que dans l'organisme féodal. C'est même la terre toute seule qui en principe sera débitrice. De



sorte que si la terre venait à manquer à ses promesses, si elle était dévastée par une de ces effroyables tourmentes comme en a connu le moyen-âge ou même simplement par le passage des grandes Compagnies, c'est le créancier et non le débiteur qui en supporterait le risque. Le débiteur dirait au créancier : c'est ma terre qui est votre débitrice ; je vous la rends ; je ne vous dois plus rien. Je sais bien que les choses ont changé plus tard, mais c'est parce que la condition de l'emprunteur s'était en fait améliorée. La règle que j'indique est caractéristique de l'esprit de l'institution.

Autre principe de même ordre. Puisque c'est la terre qui doit, tant que durera la terre et tant qu'elle paiera au créancier ses redevances, ses rentes, le créancier devra s'estimer content. Il ne pourra pas réclamer le remboursement du capital avec lequel il a acheté la rente : la rente est perpétuelle. Le seul moyen pour lui de recouvrer son argent sera de vendre sa rente à un autre qui se substituera à lui sans que la condition du débiteur en soit modifiée. Mais cette règle ne va-t-elle pas se retourner contre le débiteur en lui interdisant de rembourser le créancier qui n'y consentirait pas, comme elle permet au débiteur de se refuser au remboursement que le créancier désirerait ? La logique, en effet, pendant assez longtemps l'a fait décider ainsi et a grevé l'emprunteur d'une charge perpétuelle et irrachetable. Mais pourtant l'esprit vrai et profond de nos coutumiers finit par l'emporter. Ce tenancier qui, à travers les générations successives, a incorporé son travail à la terre, pourra la libérer à toute époque, dès que sa bonne fortune lui en fournira les moyens : la rente constituée est devenue *rachetable par le débiteur* malgré la volonté contraire du créancier, du crédi-rentier. Mais elle est restée perpétuelle *au profit du débiteur*. Voilà une de ces contradictions qu'on serait bien embarrassé d'expliquer autrement que par la faveur et la mansuétude avec laquelle notre droit traite le débiteur.

On trouverait bien d'autres exemples d'où tirer même conclusion. Mais il faut s'arrêter. Vous aurai-je suffisamment montré, Messieurs, de quels sentiments vraiment personnels et originaux je crois que s'est inspiré notre droit national ! Bien que construite avec des matériaux souvent taillés pour d'autres fins, la demeure n'est pourtant ni romaine ni germanique : elle est seulement fran-



çaise. Ce qu'il a fallu à notre ancienne France c'est un de ces vieux manoirs ou une de ces vieilles masures qui font si bien corps avec le sol qu'elles semblent y avoir spontanément grandi. La demeure ancienne que les générations se transmettent sans songer à l'aliéner est habitée par une famille unie et ordonnée, mais où la hiérarchie ne repose ni sur la contrainte ni même exclusivement sur la puissance du chef, mais seulement sur l'affection et sur le souci commun de l'intérêt de la famille et des enfants. C'est en commun qu'on prend les graves décisions; et si la direction quotidienne appartient au père, la mère est l'égale du père, intervient à ses côtés et est toute qualifiée pour le suppléer ou même le redresser. En même temps la piété envers le passé et la survivance d'intérêts fonciers communs relie la famille à toute la parenté par le sang, aux maisons voisines, jusqu'à un degré fort éloigné. On conserve longtemps le souvenir de la communauté d'origine perpétué par le droit éventuel sur la terre.

Ce grand sentiment d'union, ce besoin de cordialité et d'altruisme que la morale chrétienne a développés, s'étend au dehors de la famille, se répand sur toutes les petites gens qui l'entourent, stabilise, puis améliore leur condition et leur permet cette lente et longue ascension jusqu'à la pleine égalité civile. C'est ce même souci des autres qui engendre, avec la loyauté, le respect de la volonté du contractant et d'elle seule dans les transactions; c'est aussi lui qui nuance de charité, presque de générosité, les relations pécuniaires entre créancier et débiteur, que d'autres peuples ont conçues plus brutales.

Tout cela me paraît être le fond de notre droit privé ancien. Mais il faut reconnaître que la vision en a été souvent troublée au cours des siècles par bien des contingences adverses, parfois par le déchaînement de bien des passions égoïstes et mauvaises. Mais quelle société ne les a connues à certaines heures?



# LE RÔLE DE LA COMMUNE ET DE LA CHARTRE COMMUNALE DANS L'HISTOIRE DES VILLES FRANÇAISES AU MOYEN ÂGE,

PAR

N. OTTOKAR (PERM.) \*).

---

L'organisation communale est généralement considérée comme l'élément constitutif de l'ordre intérieur des villes de commune. Il est admis que le mouvement communal a absorbé tous les progrès juridiques du monde urbain et que les chartes communales ont sanctionné les conquêtes constitutionnelles des bourgeois. Ceci n'est vrai qu'en certains cas. Bien des fois, au contraire, l'autonomisation des fonctions judiciaires et administratives de la ville, ainsi que les progrès des droits et des libertés des bourgeois, se sont effectués antérieurement à l'organisation communale et en dehors de l'activité normale de l'association jurée. L'évolution intérieure des villes de commune n'est pas absolument liée à leur organisation communale. Il importe de ne pas confondre les conjurations des bourgeois et l'activité de leurs organes associatifs avec l'état constitutionnel de la ville. Il n'y a entre eux qu'un rapport indirect. L'existence d'une association communale est certainement un fait d'une grande importance pour l'état intérieur de la ville et pour les conditions de ses transformations ultérieures, mais ne détermine pas encore son ordre constitutionnel et juridique.

L'histoire de Cambrai est sous ce rapport particulièrement significative. On a eu tort de réduire au mouvement strictement communal toute l'évolution intérieure de cette ville au XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècle. On a eu également tort d'identifier le mouvement communal de Cambrai avec les épisodes trop connus d'insurrections et de conjurations des bourgeois contre leur évêque. Les soulèvements des bourgeois de Cambrai depuis 1076 jusqu'à la

---

\*) Cet exposé, qui a été communiqué par l'auteur au V-e Congrès International des Sciences Historiques à Bruxelles, ne présente qu'un résumé d'une partie de ses „Essais sur l'histoire des villes françaises au moyen âge”, publiés en Russie en 1919.



fin du XII<sup>e</sup> siècle n'ont pas été des luttes pour l'autonomie intérieure de la ville ou pour l'affranchissement des charges seigneuriales. Ils ont été motivés plutôt par des préoccupations ayant trait à la politique extérieure. Ils tendaient à affirmer l'influence des bourgeois en dehors de la ville, dans le monde tumultueux et instable des forces féodales environnantes. L'évêché de Cambrai de par sa situation même aux limites de l'empire et au voisinage d'autres principautés puissantes a été entraîné dans les grands conflits politiques de l'époque. Des divisions intérieures en résultèrent, des luttes incessantes entre l'évêque et les grands vassaux de la principauté épiscopale. Le territoire de la „*patria Camera-censis*” devint le théâtre de guerres et de dévastations continues. Il est naturel que les bourgeois de Cambrai, qui voyaient leur commerce entravé, l'approvisionnement de la ville compromis, étaient particulièrement intéressés à faire valoir leur influence dans la politique féodale de la principauté. Jusqu'à la fin du XII<sup>e</sup> siècle, ce sont des divergences de politique extra-urbaine qui ont motivé tous les conflits entre l'évêque et les bourgeois de Cambrai. Il est particulièrement significatif que même le soulèvement de 1076, qui est généralement considéré par les historiens comme la première tentative d'affranchissement du monde urbain de la tyrannie de l'évêque, a été motivé par des circonstances de politique extraurbaine : l'accord entre le nouvel évêque GÉRARD II et le châtelain HUGUES et la restitution à ce dernier de toutes ses possessions et de tous ses droits dans le territoire de la principauté épiscopale.

Les événements des années 1101—1107 ont été également déterminés par des nécessités de politique extérieure. Il s'agit surtout d'obtenir une certaine liberté d'orientation vis-à-vis du comte de Flandre, de séparer la cause de la ville de celle de l'évêque dans la guerre qui ruinait les bourgeois. C'est cette politique extérieure indépendante de la commune de Cambrai qui a provoqué la réaction de la part de l'empereur HENRI V. La soi-disant abolition de la commune en 1107 ne constitue aucun bouleversement sensible de l'ordre intérieur de la ville. Ce qui a été condamné en 1107 c'est l'orientation même de la politique extérieure de la commune pendant les années précédentes, ses attitudes indépendantes, ses alliances avec les ennemis de l'em-



pire. Il est nécessaire de distinguer l'organisation communale de Cambrai de cet état temporaire d'indépendance de politique extérieure qui a formé l'objet du „conjurium” de 1101. Les textes se gardent bien de les confondre. L'auteur des Gestes de l'évêque GAUCHER le fait clairement entrevoir dans la conclusion de son récit détaillé des événements de 1107 :

„Sic disiuncta communia  
Ab iniquo conjurio  
Fecit regi Heinricho  
Fiduciam sacramento.”

Les institutions municipales de Cambrai, l'autonomisation du monde urbain, l'évolution des droits et des privilèges des bourgeois, tout cela s'est développé et a existé indépendamment de ces épisodes de conflits violents entre l'évêque et la ville. L'organisation communale de Cambrai s'est formée antérieurement à la conjuration de 1101 et a survécu à sa défaite. On a réduit à tort l'histoire intérieure de Cambrai à ces épisodes héroïques d'insurrections, sans tenir compte des circonstances tout à fait particulières qui les ont déterminées. Il serait peut-être plus juste d'affirmer que ces conjurations ont eu une part bien insignifiante dans l'histoire des institutions municipales de Cambrai. Elles ont peut-être renforcé les tendances associatives du monde urbain, mais elles n'ont pas créé les bases communales de sa constitution et n'ont pas déterminé son autonomie intérieure.

Tous les conflits entre l'évêque et les bourgeois qui sont temoignés plus tard, au cours du XII<sup>e</sup> siècle, ont eu également leur source dans les nécessités de la politique extraurbaine. Ils ont été déterminés par des guerres extérieures contre les puissances féodales du territoire environnant. La destruction des châteaux-forts et l'abaissement des grandes seigneuries de la „patria Cameracensis” ont été le motif principal de la politique de la ville pendant presque tout le XII<sup>e</sup> siècle. C'est pourquoi les bourgeois de Cambrai ont presque toujours agi en plein accord avec leur évêque et l'ont vigoureusement soutenu dans ses luttes contre les vassaux trop indépendants. Mais quelquefois ces mêmes motifs de politique extérieure occasionnaient des conflits plus ou moins violents entre l'évêque et les bourgeois. C'est ainsi que la tolérance du faible évêque LIETHARDT envers le puissant GERARDUS MALUSFILIASTER qui s'est emparé de Cateau-



Cambresis a provoqué une guerre indépendante entreprise par les bourgeois contre ce seigneur. C'est ainsi que les bourgeois s'opposent en 1138 à l'inféodation du château de Saint Aubert au châtelain SIMON et concluent même à cette occasion des „conjurations” et des alliances avec les ennemis de l'évêque NICOLAS.

On a voulu voir dans ces conflits déterminés par des divergences momentanées de politique extraurbaine et dans les actes arbitraires qui les ont nécessairement accompagnés des étapes de la révolution communale, des luttes intérieures du monde bourgeois contre la tyrannie du pouvoir épiscopal. On a identifié l'histoire municipale de Cambrai avec les vicissitudes de ces insurrections de nature tout à fait particulière et momentanée. Tous les excès et toutes les invasions juridictionnelles des bourgeois à ces moments de soulèvements contre l'évêque ont été interprétés comme des revendications de caractère fixe et durable. Ils n'ont été en réalité que l'effet naturel d'une situation momentanée et extralégale. Personne ne songeait à les rendre permanents. Ils ne peuvent nous donner aucune idée de l'état normal de la ville de Cambrai et des tendances de son évolution intérieure. Il importe de distinguer nettement l'histoire constitutionnelle de Cambrai de ces épisodes d'usurpations et de violences. Tout en tenant compte des influences indirectes que ces insurrections ont pu exercer sur l'ordre municipal de Cambrai, il importe de ne pas les confondre avec les progrès juridiques du monde bourgeois et l'évolution de l'autonomie urbaine. Les témoignages trop connus de nos textes sur les insurrections des bourgeois et sur leurs actes arbitraires ne constituent pas des documents de l'histoire constitutionnelle de Cambrai.

Cette histoire — il faut la chercher ailleurs. C'est l'action unificatrice et absorbante de l'évêque, seigneur dominant de la ville, qui a créé la base du droit municipal de Cambrai. C'est à travers la compétence judiciaire et administrative de l'échevinage, organe, en principe, du pouvoir épiscopal, que s'est effectuée, antérieurement à l'affirmation du lien communal, l'autonomisation du monde urbain. Quant au mouvement communal proprement dit, il a eu certainement une grande importance dans l'évolution ultérieure de l'ordre municipal: il a renforcé les tendances autonomistes de l'échevinage, il a créé



de nouvelles compétences du monde bourgeois, de nouvelles formes de sa participation à l'administration de la ville. Mais il n'a pas été l'unique élément constitutif des droits de la bourgeoisie et de l'ordre municipal de Cambrai. Il n'a pas absorbé son évolution intérieure. Il convient non seulement de ne pas confondre l'histoire intérieure de Cambrai avec les épisodes de tumultes et de conjurations qui jusqu'ici ont absorbé à tort tout l'intérêt des historiens. Il convient encore de ne pas réduire à l'élément communal toute la multiplicité des institutions municipales de Cambrai et toute l'histoire des progrès juridiques du monde urbain.

Il est en général erroné de croire que les institutions municipales des villes de commune ont été entièrement déterminées par leur organisation communale. L'élément communal n'est qu'un des aspects de l'état intérieur de la ville. La commune n'est qu'une des circonstances dans la multiplicité des conditions réelles du monde urbain. Ce n'est pas, comme on l'a prétendu, „une seigneurie bourgeoise investie d'un certain pouvoir judiciaire et politique”, car très souvent elle ne possède aucune place fixe dans l'ensemble des compétences et des fonctions municipales. De même, la charte communale n'est pas absolument „un contrat conclu entre les communiens et le seigneur”. Souvent elle ne contient aucune répartition des pouvoirs et des juridictions de la ville. Elle n'est dans ces cas que l'affirmation unilatérale de la solidarité associative des bourgeois, de leur discipline intérieure, de leur droit vague et indéterminé de s'aider mutuellement, de réagir contre leurs ennemis, contre les forces étrangères à leur association. C'est pourquoi il est absolument erroné de considérer toujours les chartes communales comme des documents de la constitution intérieure de la ville. Quelquefois elles le sont en effet. Mais très souvent leur signification est tout à fait différente. On ne saura comprendre leur sens juridique qu'en examinant chacun des cas particuliers dans son contexte historique et réel. Les chartes communales ne sont pas des documents homogènes en leur essence juridique et en leur signification réelle. Ce qui leur est commun à toutes, c'est uniquement l'affirmation de la capacité associative des bourgeois et de leur personnalité collective. En dehors de cela la valeur juridique de la charte communale et son rôle dans l'ordre constitutionnel de la ville varient infiniment.



Quelquefois elle constitue un vrai code de droit municipal qui embrasse et régleme toute l'organisation judiciaire, administrative et financière de la cité. Dans ces cas elle peut être considérée comme un document de la constitution intérieure de la ville. C'est le cas par exemple de Dijon et de Cambrai. Mais très souvent la charte communale ne contient aucune répartition des pouvoirs et des compétences, aucune réglementation de charges et de devoirs, aucune concession de droits et de privilèges. Elle ne se rapporte même pas aux points litigieux. Elle est en dehors de la normalité juridique de la ville, des droits et des institutions préexistants. Elle n'est que l'affirmation unilatérale du lien associatif des bourgeois, de leur droit de répression plus ou moins desordonnée contre leurs ennemis et leurs oppresseurs. Il ne s'agit pas dans ces cas d'établir un ordre stable et fixe à l'intérieur de la ville, d'investir l'association communale d'un certain ensemble de droits et de juridictions. C'est plutôt la reconnaissance d'un état de fait, en dehors de la constitution normale de la ville, qui présente des possibilités d'usurpations et de pressions plus ou moins violentes contre les pouvoirs et les juridictions préexistants. C'est un état essentiellement temporaire qui peut aboutir à des résultats très différents dans la formation définitive de l'ordre constitutionnel de la ville. C'est uniquement cet aspect de l'état intérieur de la ville qui constitue dans ces cas l'objet de la charte communale. Il est évident que la charte ne peut être considérée alors comme un texte constitutionnel. Car ce n'est pas ici qu'ont été fixées les attributions et les compétences normales de la commune.

Tel est précisément le cas de la ville de Beauvais. L'existence d'un certain nombre de „coutumes” de la ville de Beauvais concernant des restrictions des pouvoirs seigneuriaux et quelques droits de bourgeoisie que l'évêque s'était engagé à observer nous est attestée dès la fin du XI<sup>ème</sup> siècle. D'autres concessions ont été ajoutées par les diplômes royaux de 1115 et de 1122. Tous ces droits ainsi que la liberté de la main-morte, que les bourgeois de Beauvais considéraient comme un de leurs privilèges les plus essentiels et fondamentaux, ne se retrouvent pas dans la charte communale. Nous possédons encore un diplôme de Louis VII de 1151, ainsi que toute une série de témoignages du XIII<sup>e</sup> siècle, où est fixée la



compétence judiciaire et administrative de la commune. Ce sont là les textes constitutionnels de la ville de Beauvais. Leur contenu est tout à fait indépendant des stipulations de la charte communale. Il ne s'agit pas de contradiction entre ces textes et la charte communale, comme on l'a prétendu, ni de restrictions postérieures de la juridiction de la commune. C'est que la charte de Beauvais ne concerne nullement la juridiction normale des organes communaux. Son objet même est tout différent. Les articles de la charte communale qu'on interprète généralement comme l'affirmation d'une compétence judiciaire extrêmement vaste des chefs de la commune, ne se rapportent en réalité qu'au droit vague et indéterminé de réagir violemment contre les oppresseurs des bourgeois, contre leurs ennemis étrangers à l'association. Nulle part il n'est question d'une juridiction des pairs de la commune contre les bourgeois mêmes. S'aider mutuellement, se défendre solidairement contre les violences et les oppressions des forces étrangères à la commune — voilà le motif dominant de la charte. Ce qui est établi dans ces stipulations ce n'est pas une compétence quotidienne et normale des chefs de la commune, mais un droit éventuel à des actes violents et désordonnés, dans des cas extraordinaires et vaguement spécifiés. L'ensemble des droits et des privilèges de la bourgeoisie ainsi que les attributions normales des organes de la commune ne sont pas fixés dans la charte de Beauvais. Ils existent en dehors de la charte communale. Il n'y a pas contradiction entre les textes constitutionnels de Beauvais et les stipulations de la charte. Leur contenu, leur objet même sont tout différents. La charte de Beauvais n'est pas un document de la constitution intérieure de la ville. En dehors des institutions normales de Beauvais, en dehors même des fonctions quotidiennes de l'association communale, la charte nous révèle l'existence d'une force collective capable d'exercer une influence de fait sur l'état intérieur de la ville. C'est à cela qu'il est nécessaire de réduire la signification juridique de la charte de Beauvais. Il faut ajouter qu'en réalité les effets de cette influence de l'association communale sur l'évolution de l'ordre constitutionnel de Beauvais ont été très insignifiants. Ceci a été déterminé par un ensemble de circonstances réelles, par un contexte historique qu'il m'est impossible d'analyser en ce lieu.



L'autonomie judiciaire et administrative de la commune de Beauvais a toujours été extrêmement restreinte. La compétence des organes communaux a eu un caractère secondaire, facultatif, presque arbitral, précairement délégué. C'est pourquoi la définition de la commune comme „seigneurie bourgeoise, investie d'un certain pouvoir judiciaire et politique” est particulièrement inapplicable au cas de Beauvais.

La charte communale de Beauvais a été en partie reproduite presque littéralement dans la charte de Soissons. Le cas de Soissons est néanmoins très différent en bien des points de celui de Beauvais. Les progrès du monde bourgeois y ont été presque nuls avant l'affirmation de la commune jurée. Les seigneuries particulières y ont conservé en grande partie leur indépendance, et l'action unificatrice et libératrice du seigneur dominant, qui à Soissons, contrairement à ce qu'on affirme d'habitude, a été le comte et non l'évêque, a eu peu d'importance. Les bourgeois étaient grevés de toute espèce de charges seigneuriales, tout à fait inconnues à cette époque dans les autres villes, et assujettis presque entièrement aux juridictions particulières. C'est pourquoi les efforts de l'association communale de Soissons ont été orientés principalement vers la limitation et la réglementation des droits des seigneuries urbaines. Dans la première moitié du XII<sup>e</sup> siècle la commune n'occupe aucune place dans l'ordre constitutionnel de Soissons. Il ne s'agit que de limiter les charges et les obligations des bourgeois vis-à-vis de leurs seigneurs. C'est le sens de la première charte de Soissons, dont le texte ne nous est point parvenu, mais dont le contenu a été résumé en termes suivants dans la sentence de LOUIS LE GROS de 1136: „contigit ob pacem patriae nos in civitatem suessionensem communiam constituisse de hominibus illis qui ea die domum aut plateam habebant infra terminos urbis et suburbiorum eius, eis que quedam gravamina dimisimus quae a dominis suis patiebantur, unde et ipsis cartam fecimus”. Les actes arbitraires de la commune qui ont provoqué la sentence royale de 1136 révèlent la même tendance à limiter les droits des seigneurs sur les habitants de la ville. Il ne s'agit pas d'abolir l'exercice même des droits seigneuriaux ou de remplacer les pouvoirs existants par quelque juridiction communale. Il s'agit seulement de les régler et de les



restreindre. De même, la charte communale de LOUIS VII ne contient aucune répartition des pouvoirs judiciaires et administratifs de la ville, aucune attribution de compétences et de fonctions normales aux chefs de la commune. Mais de même que la première charte de LOUIS VI elle renferme toute une série de stipulations, qui tendent à réglementer différents droits des seigneuries urbaines, à limiter les prétextes de grever les bourgeois. C'est là le motif dominant du mouvement communal de Soissons. La commune n'y a presque pas modifié les institutions et les pouvoirs de la ville. Elle a lutté surtout contre les vexations et les abus des seigneuries locales. Ceci était dû à la situation particulière de Soissons, où le pouvoir a été plus morcelé et les seigneuries plus indépendantes et tenaces que dans les autres villes. L'association communale y revendiquait des conditions qui ailleurs ont été obtenues précédemment par l'action unificatrice et libératrice du seigneur dominant. En dehors de cela, le rôle de la commune de Soissons dans l'ordre intérieur de la ville a été, à l'époque des premières chartes communales, tout à fait insignifiant. La commune n'y a été que l'affirmation du lien associatif des bourgeois, de leur droit de s'aider mutuellement et de se défendre contre les abus et les oppressions des forces extérieures. Elle a laissé intacte tout l'ordre juridique de la ville, toute la distribution des pouvoirs judiciaires et administratifs. Elle les a seulement limités et réglés. Elle n'a créé aucune compétence fixe des organes communaux en dehors de la discipline intérieure de l'association jurée. Ce n'est que plus tard que l'association communale, conformément à sa fonction unificatrice parmi ce monde particularisé et morcelé, a obtenu une compétence assez vaste en matière de juridiction et de police de paix. Par contre, les autres attributions administratives de la ville, ainsi que la réglementation de l'activité économique, n'ont pas été absorbés, même plus tard, par l'association communale. De même, les droits seigneuriaux des puissances locales, tout en étant restreints et réduits à une certaine uniformité, ont survécu à la stabilisation constitutionnelle de la commune. Ce qu'il importe d'établir, c'est que l'histoire de la constitution municipale de Soissons n'a pas été fixée dans les textes de ses chartes communales. La commune même n'y a eu à l'origine aucune fonction constitutionnelle, et



ce n'est que plus tard qu'elle a servi de base aux transformations de l'ordre intérieur de la ville.

Très différente est l'histoire de Senlis dont la charte communale n'est pourtant qu'une reproduction presque identique de celle de Soissons. Cette ville dépendait directement du pouvoir royal. Les seigneuries locales y étaient relativement faibles et peu résistantes. La commune de Senlis a été singulièrement fortunée. L'association communale a été favorisée d'en haut pour des raisons de politique locale, et dès le commencement elle a été investie de compétences et de pouvoirs considérables. La commune de Senlis a obtenu dès l'origine une place importante dans l'ordre constitutionnel de la ville. Mais il importe de constater que ses droits et ses compétences n'ont pas été formulés et fixés dans la charte communale. L'histoire des conquêtes de la commune de Senlis est tout à fait indépendante du texte de sa charte communale. Pas plus qu'à Beauvais et à Soissons, la charte de Senlis ne peut être considérée comme un document de l'ordre constitutionnel de la ville. Les droits judiciaires et administratifs de la commune de Senlis ont été fixés par des concessions spéciales, tout à fait en dehors des stipulations de la charte. De même les charges et les obligations seigneuriales qui pesaient sur les habitants de Senlis ont été limitées et réglées, indépendamment de la charte communale, par une série d'accords particuliers entre la commune et les diverses seigneuries de la ville. Ce sont ces accords qui nous révèlent les conditions intérieures de la ville, les points de contraste entre les bourgeois et les seigneuries locales, les revendications réelles du monde urbain. Par contre, la charte communale qui est une reproduction mécanique de celle de Soissons-Compiègne nous donne l'impression d'un document tout à fait étranger à la réalité de Senlis. Les restrictions précises de certains droits et de certaines juridictions des seigneuries urbaines, qui à Soissons ont été, quelques dizaines d'années plus tôt, d'une grande et réelle actualité, ne correspondent que très insuffisamment aux conditions juridiques de Senlis, telles qu'elles nous sont connues par les concessions royales et les accords successifs entre les communiens et les seigneurs. Quelques-unes des stipulations de la charte nous paraissent même tout à fait inapplicables. C'est que la charte communale a eu à Senlis



une signification et une valeur réelle tout à fait différente de ce qui a eu lieu à Soissons. Toutes les aspirations des bourgeois de Senlis ont été sanctionnées en dehors de la charte communale. La charte de Soissons n'y a été appliquée que comme un texte conventionnel, comme une formule typique de l'organisation associative. Aussi a-t-on pu reproduire mécaniquement des stipulations complètement inconsistantes et même étrangères à la réalité de Senlis. La signification réelle de la charte se réduit ici à l'affirmation du lien associatif et de la personnalité collective du monde bourgeois.

Le rôle de la commune et de la charte communale dans l'ordre intérieur des villes de commune a été donc très différent. Ce qui varie de ville en ville, ce n'est pas seulement le degré de l'autonomie municipale et des libertés des bourgeois. Le rôle même de l'organisation communale, sa place dans l'histoire de l'ordre constitutionnel et des progrès juridiques du monde urbain ne présentent aucune homogénéité. Ce qui est commun à toutes les villes de commune c'est uniquement le lien associatif des bourgeois, l'existence d'une force collective capable d'exercer une influence sur l'état intérieur de la ville. Cette force collective reste en partie en dehors de l'ordre normal de la ville, s'encadre en partie dans le système des institutions et des attributions municipales. Ce n'est qu'après avoir reconstitué dans son ensemble l'état juridique et les conditions réelles de la ville que nous pouvons préciser la place de la commune dans son histoire constitutionnelle. Il ne suffit pas pour cela de résumer les stipulations des chartes communales, comme on le fait généralement. Car la signification même de ces documents nous est incompréhensible, en tant que nous les considérons en dehors de leur contexte historique et réel. L'erreur fondamentale des historiens des villes françaises au moyen âge a été d'avoir toujours envisagé les chartes communales comme des textes constitutionnels, et d'y avoir fixé l'étude de l'ordre urbain. On a singulièrement exagéré l'importance des chartes communales pour l'histoire des constitutions urbaines. On a même presque réduit l'histoire municipale à la généalogie des chartes communales, à leurs filiations et dépendances mutuelles. Ces dépendances et ces identités des chartes n'ont en réalité qu'une valeur fort relative et restreinte. L'ordre



constitutionnel des villes ne s'en trouve nullement déterminé. Car ce n'est pas toujours dans les chartes communales que sont fixés les conditions juridiques et les institutions constitutionnelles des villes de commune. Ces textes ont souvent une valeur bien plus particulière et limitée. Leurs stipulations sont même quelquefois (nous l'avons vu à Senlis) presque tout à fait indépendantes de la réalité du monde urbain et des tendances de son évolution communale. L'idée-fixe de la commune, comme élément formateur de l'ordre municipal, et de la charte communale, comme texte constitutionnel des villes de commune, a, me semble-t-il, trop simplifié l'histoire des villes françaises au moyen âge. En général, l'élément communal n'a dans l'histoire de l'ordre intérieur des villes qu'une valeur purement potentielle. Il importe d'examiner plus attentivement l'ensemble des précédents historiques, des conditions intérieures et des tendances d'évolution de chacune des villes de commune, pour préciser le rôle réel de l'élément communal dans son histoire constitutionnelle.

---



# SENTENTIËN VAN DE HOOFDMANNEN- KAMER VAN STAD EN LANDE,

DOOR

MR. A. S. DE BLÉCOURT (LEIDEN).

---

In zijn *uitgegeven en onuitgegeven rechtspraak van den Hoogen Raad en van het Hof van Holland, Zeeland en Westfriesland*<sup>1)</sup> heeft MEYERS de opmerking gemaakt, dat veel beter dan uit de handboeken en adviezen het recht uit de dagen der Republiek gekend kan worden uit de rechtspraak, maar dat wie door dit preferente hulpmiddel zich eenige kennis van dat recht wil vergaren, alras tot de teleurstellende ontdekking komt, dat er bitter weinig in druk is uitgegeven. Hij concludeert dan ook dat bronnenpublicatie te dezen aanzien noodig is. Dit alles geldt ook voor het gewest Stad en Lande. Hier, gelijk in Drente, ontbreekt het ten eenenmale aan publicatie van rechtspraak niet alleen maar ook van adviezen uit evengemeld tijdperk. En wat juridische geschriften van anderen aard uit dien tijd betreft, ook die ontbreken bijna geheel, als men een populair vragenboekje<sup>2)</sup>, eenige monographiën van het genootschap *Pro Excolendo Jure Patrio* en enkele academische dissertatiën uitzondert.

Uit vroeger tijd dan de periode van de Republiek bezitten wij juist van de Groninger Ommelanden en van de landschap Drenth een zeer merkwaardige jurisprudentie<sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Tijdschr. v. Rechtsgesch., I, p. 400.

<sup>2)</sup> P. LAMAN, *Anleiding tot de eerste beginselen der Groninger Regtskennis*, 1<sup>o</sup> druk, 1738.

<sup>3)</sup> Voor de Gron. Ommelanden: *Warfsconstitutiën en Oordeelen* (over de jaren 1407—1600), ed. H. O. FEITH (II), 1863; voor Drente: *Ordelboek van den*



De Vereeniging tot uitgave der bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht heeft in uitzicht gesteld een publicatie van jurisprudentie der goorspraken van Drente.

Voor Groningen hoop ik in dit opstel eenige 18<sup>e</sup> eeuwse jurisprudentie van Luitenant en Hoofdmannen te behandelen. Ik gebruik met opzet het woord *behandelen*, want een letterlijk afdrukken der sententiën is vermeden; het *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* is niet bestemd voor bronnenpublicatie. De langademige sententiën der 18<sup>e</sup> eeuw in extenso af te drukken zou ook geenerlei nut hebben. Liever koos ik dus dezen vorm: den korten inhoud weergeven van de sententiën, ze naar den aard van het onderwerp te groepeeren en van korte aantekeningen te voorzien. Aldus behandeld, hoop ik dat ze op eenige belangstelling bij de lezers van dit Tijdschrift mogen rekenen.

De reden waarom juist de 18<sup>e</sup> eeuw is gekozen en niet b.v. de 17<sup>e</sup>, was deze: ik wilde in 't bijzonder de door H. O. FEITH (I) in zijn *Beklemregt* verwaarloosde jurisprudentie van de Hoofdmannenkamer uit de laatste drie kwartalen der 18<sup>e</sup> eeuw nagaan. Tegelijkertijd konden dan de niet over quaesties van beklemrecht handelende sententiën, die bij het doorbladeren der protocollen te voorschijn kwamen, worden geëxcerpeerd, voorzover dit mij noodig toescheen. Op de sententiën der Hoofdmannenkamer zijn geen klappers; ze staan tusschen allerlei aantekeningen omtrent het op de civiele rol verhandelde opgeteekend; over elk jaar is een dik deel van eenige honderden bladzijden voorhanden; al die deelen moesten dus blad voor blad worden doorgezien. Lang niet alle sententiën zijn opgenomen, doch alleen die, welke ik de moeite waard vond. Intusschen spijt het mij geen aantekening te hebben gehouden van de niet geëxcerpeerde; ware dit wèl geschied, er zou althans over deze periode een klapper op de sententiën bestaan; een ander vindt allicht wèl van belang wat ik ter zijde legde; sommige sententiën b.v. bevatten voor genealogen gegevens, die zij misschien zochten; ook

---

*Etstoel van Drenthe*, ed. H. O. FEITH (II), 1870, bevattende ordelen over de periode 1399—1518, met twee Supplementen, later bezorgd door SEERP GRATAMA. Al de voorafgaande jurisprudentie uitgekomen in de *Verhandelingen* van P. E. J. P. Voor Drente bovendien *Ordelen van den Etstoel van Drenthe*, 1518—1604, ed. J. G. C. Joosting, in de Werken van O. V. R.



nam ik b.v. niet op eenige beslissingen betreffende bezetting van redgersplaatsen, collaties, waterschapsaangelegenheden. Bij elk behandeld geval heb ik aangeteekend of het betreft de stad, een der stadsjurisdictiën of de Ommelanden.

### I. Huwelijk.

1. *Ommel. 10 September 1733. Verloving, trouwbeloften, buiten consent der bloedverwanten; minderjarige verloofden; gewisselde geschenken; eisch tot nietigverklaring dier verloving en opvordering der geschenken.*

Ter vergadering van de H. J. kamer gelezen het request van Grietje Reints, wed. van Campo Wytsema, houdende, dat haar minderjarige dochter Alegonda Wybens zich had „geëngageerd, met een Pieter Mennes te Ulrum te trouwen”, reeds iets van hem had ontvangen en hem iets had gegeven. Deze dochter is onmondig en kan zich naar landrecht, „buiten consent der vrienden” niet „beraeden” (Ommel. landr., III, 5), weshalve „dese verloving niet kan bestaen”, en „evenswel de jongman heeft geweigert” het door hem gegevene te accepteren en het hem geschonkene terug te geven. Dus verzoekt requestante, als moeder, een dienaar, om het door haar dochter ontvangene gerechtelijk te presenteeren en „het genotene” den „jongman af te eischen”, en dat verder „de ingegaene huwelijksbeloften om gemelde redenen nul en nietig mogen werden verklaert.”

Gesteld in handen van de Gecommitteerden van het kwartier.

Hier wordt een schikking voorgesteld; het Ommel. landr. regelde dit geval niet; handelt wel over huwelijksche voorwaarden; zie boek III, titel I. Wèl vindt men in de Stadsconstitutie van Groningen van 1689, op de huwelijkszaken, in art. 4 bepaald, dat minderjarigen geen geldige trouwbeloften kunnen aangaan zonder toestemming van ouders, grootouders, enz. Dat hier een schikking wordt voorgesteld, acht ik intusschen niet een gevolg van 't feit, dat het Ommelander landrecht dit geval niet regelde. Immers, gelijk elders, zoo ook in de Ommelanden, als het geschreven recht zweeg, dan gold het ongeschreven recht van de streek zelf, daarna het recht van naburige streken, daarna het Romeinsch recht. Wie de rechtsprotocollen van dit gewest raad-



pleegt, ziet herhaaldelijk beroep gedaan op rechtsvoorschriften van naburige streken, op Romeinsch-rechtelijke plaatsen en op auteurs, die het recht van andere streken behandelen. Men had dus hier gevoegelijk evenbedoeld artikel van de stadsconstitutie kunnen toepassen, dat stellig strookte met de ongeschreven gewoonte der Ommelanden.

**2. Old. 1 April 1754. Trouwbeloften van minderjarigen. Al of niet verkregen toestemming der ouders in het huwelijk van hun minderjarigen zoon. Eisch tot voltrekking van 't huwelijk.**

Grietie Luities, appellante, tegen Ecke Vreesman, waarvoor deszelfs vader Hendrik Vreesman heeft geïntervenieerd, appellaat van een sententie van Burgemeesteren en Raad van Groningen van 10 Mrt. 1752, confirmeerende de sententie van den drost van 't Wold-Oldambt van 2 Mrt. 1751. Appellante verzoekt reformatie van deze beide sententiën. Bij deze sententiën was ged. (intervenient) opgelegd een eed, dat hij nooit had toegestemd in 't huwelijk van Grietie Luities met Ecke Vreesman. Appellante beweert, dat Ecke met haar geruimen tijd verloofd is geweest en haar trouwbelofte heeft gedaan en haar heeft „geïmpraegneerd”, doch in plaats van haar te trouwen, weggetrokken is en „gelatiteert”; toen is hij ingedaagd per edictum ad valvas, doch de vader is verschenen, die zeide niet te consenteeren, omdat zijn zoon Ecke minderjarig was. Appellante zegt verder met getuigen te kunnen bewijzen, dat de vader en moeder van Ecke wel toestemming hadden gegeven; er zijn geen clandestiene trouwbeloften, maar met instemming der ouders is de conversatie onderhouden tusschen de jongelieden. Hier had niet aan gedaagde een eed moeten zijn opgelegd, want matrimoniaale zaken zweemen naar crimineele, doch aan appellante had een suppletoire eed opgedragen moeten zijn, als hebbende half bewijs geleverd.

Appellaat antwoordt, dat zijn zoon naar Emden was gegaan, om het knoopmaken te leeren en toen per edictum ad valvas was ingedaagd; toen heeft de vader voor zijn minderjarigen zoon geïntervenieerd; appellante moet bewijzen dat er is een expres consent der ouders (Stadsconst., sub rubr. trouw en trouwbel., 4); de trouwbeloften, indien al gedaan, zijn clandestien en zonder wettig consent en dus ipso jure nul.



De zaak wordt gesteld in handen van de heeren van het Five-lingo-kwartier, om zich nader er op te informeeren.

(Het is begrijpelijk, dat in zaken als deze de rechter liever langs minnelijken weg een goed einde zocht te bereiken, dan een huwelijk te gelasten tegen den zin van dengene, die trouwbeloften had gegeven. Met 't oog op de impraegnatie zal hier getracht zijn den jongen man goedschiks tot het huwelijk over te halen.)

**3. Stad. 21 Sept. 1771. Bewijs van trouwbeloften.**

Pieter Albronda, appellant, contra Augjen Tijssens, wed. Hindrik Derks, appellate van een sententie van Burgemeesteren en Raad van Groningen van 4 Nov. 1789, waarbij geconfirmeerd een sententie van 4 Dec. 1787.

Appellant stelt, dat hij trouwbeloften had aangegaan met appellate, zijn bruid, doch deze declineerde de voltrekking van 't huwelijk, weshalve hij haar had gedagvaard voor Burgemeesteren en Raad van de stad, voor welk college zij had ontkend; appellant beroept zich op getuigenverklaringen, onder welke de 2 voornaamste afkomstig van 2 personen, aan wie de bruid de trouwbelofte zou hebben erkend.

Appellate voert hiertegen aan, dat zij, tusschen 60 en 70 jaar oud en moeder van 8 kinderen zijnde, in bekrompen omstandigheden levende en „het geluk hebbende van eene erfenisse van 8000 gl. te krijgen van een zoon van haar te Batavia overleden, de tegenswoordige appellant Pieter Albronda, een grijzaard, gebukt onder den last der jaren, omringt van een aantal kinderen en spaarzaam door de fortuin bedeed, eensklaps zoveel genegenheid voor de appellate had opgevat, dat hij zelfs goed kon vinden haar bij conclusie aan te spreken tot het ingaan van een huwelijk op grond van pretense trouwbeloften". Volgens Stadsc., sub rubr. van trouwbeloften, art. 3, moeten trouwbeloften bewezen worden door geschrift of door contract, ten overstaan van 2 getuigen aangegaan; schriftelijke bewijzen waren er hier niet; dus was men op getuigen aangewezen; deze getuigen moesten zijn „testes de contractu" en niet „ex auditu" of „de confessione".

De sententie wordt geconfirmeerd.

(Hier is klaarblijkelijk de eisch te dwaas geoordeeld dan dat nog schikking zou worden beproefd.)



**4. Ommel. 27 Oct. 1774. Eisch tot echtscheiding op grond van impotentie.**

„Abbelina Johanna Entrup, impetrante, contra den heer predikant Gerrit Jacob Georg Bacot, te Eenrum, gedaagde, om te zullen moeten gedogen, dat sodane huwlijksverbintnisse als de impetrante met ged. had ingegaan en na kerkenordre in de maand Juni 1771 is gesolemniseert, werde geannulleert, aangezien ged. wegens sijne impotentie buiten staat was aan de huwelijkspligten en diens oogmerk te kunnen voldoen, bij faute van dien gedogen, dat de annullatie in contumaciam werde geëffectueerd, salvo jure alio ac ulteriori.”

Ged. wierp op de exceptio obscuri et inepti libelli; impotentie is een generale benaming, ze is vel physica vel moralis; de impotentie physica is òf impotentia coeundi òf impotentia generandi, slechts de impotentia coeundi naturalis en niet de impotentia coeundi procurata kon tot dissolutie van een huwelijk leiden. En dan moest ze nog immedicabilis zijn en matrimonio antedens. „En dus de impotentie so veele onderscheidene beteekenissen hebbende en de imp. zich alleen van deze generale benaminge hebbende bedient, zonder bepaaldelijk te noemen van welke impotentie de ged. werde geaccuseert”, zoo was deze exceptie terecht opgeworpen.

Imp. zegt hiertegen: ik heb het libel niet klaarder kunnen maken „zonder de palen van eerbaarheid te buiten te gaan”.

De exceptie wordt geadmitteerd.

(Het is misschien mede uit respect voor „de palen der eerbaarheid”, dat de Hoofdmannenkamer een onderzoek naar de juistheid van het beweerde heeft afgesneden. De beslissing is overeenkomstig het kanonieke recht; zie FRIEDBERG, *Kirchenrecht*, § 144. De heer Bacot was een bekend patriotsch-gezind predikant, die in 1787 gevlucht, na 1795 teruggekeerd, nog een rol gespeeld heeft in de Bataafsche politiek als lid van de Nationale Vergadering, enz. enz.)

**5. Westerw. 17 Nov. 1739. Bknupping van huwelijks-voorwaarden.**

*Een vader had de drie oudste kinderen uitgeboedeld. Bij huwel. contr. was bepaald dat broers op broers en zusters op zusters zouden vererven. De vader wil nu den jongsten zoon de rest*



*geven, doch nu „beknuppen” die dochters dit huwel. contr. Quaestie over de legitieme portie in verband met het Westerwolder landrecht. Geconfirmeerd wordt de beslissing, waarbij de vader en de jongste zoon in het ongelijk waren gesteld.*

Boelman Eelsing, nom. uxoris en Albert Boneschans, nom. ux., imp.<sup>1)</sup> tegen Aeyke Hesse en diens vader Jacob Hesse, ged.<sup>2)</sup>; „contenderende de appellanten tot reformatie van de sententiën van den rechter Cloppenborgh, d.d. 4 Juni 1738 en van den drost (van Westerwolde) Aldringa, d.d. 5 Dec. 1738.

De appellant A. Hesse stelt, dat zijn vader Jacob Hesse de 3 oudste kinderen had „uitgetrouwt”, dat de beide oudste dochters, „der appellanten vrouwen”, zijn „uitgeset”, ieder met 1400 gl. en verdere „toehaeken” en verder geheel van den ouderlijken boedel zijn „afgesoent”; het stond aan den vrijen wil der ouders, of ze nog iets wilden geven; dit wijzen uit de huwel. contr. van Boelman Eelsingh, d.d. 26 April 1714, en van Albert Boneschans, d.d. 6 April 1720, en van den oudsten zoon, d.d. 2 Mei 1720, welke zich „niet opposeert”, en bij welke contracten is bedongen, dat, na doode der ouders, broeders op broeders en zusters op zusters zullen vererven. Alle deze contracten zijn „met mande vrienden en der contrahenten raedt” gesloten. Nu de vader den jongsten zoon, die nog niets genoten heeft, de rest wil geven, bij zijn trouwen, zonder de andere kinderen, die immers zijn „afgeboedelt”, er bij te roepen, komen deze in verzet en „beknuppen” ’t huwel. contr., tot welke „beknuppinge ende protestatie” zij geen bevoegdheid hebben; zie art. 24 Westerw. landrecht; ook steunt dergelijke bevoegdheid niet in eenig gebruik. Zie voorts art. 11 v. h. Westerw. landr. Appellaten willen feitelijk verbreken contracten, die al 25 jr. stand houden en die „geradi-ceerd” zijn in voorm. art. 24; zelfs heeft de vader den beiden oudsten nog 200 gl. toegezegd en krijgt de jongste niets anders dan een „blote toesaege van eene toekomstige erffenis, die nog door toeval kan te niet gaan en dan zou deze jongste zoon niets voor zijn dienst en arbeid hebben. De verdeeling is goed gemaakt en dus heeft ieder zijn legitieme, terwijl art. 24 geen ander legitieme

<sup>1)</sup> Appellaten moet dit zijn.

<sup>2)</sup> Appellanten moet dit zijn.



kent dan de vrije macht, den vader gegeven; bovendien 't gaat hier enkel over aangewonnen en niet over aangebrachte goederen.

De „appellaten” Boelman Eelsing en Albert Bonesehans voeren hiertegen aan, dat inderdaad 1400 gl. aan hun vrouwen is meegegeven, maar dat 't een harde zaak is, dat nu de jongste zoon al 't overige zal hebben. Een vader moet zich beter van zijn plicht kwijten, krachtens de Novelle 22, cap. 48. Volgens de natuurlijke wet en alle andere wetten moet ieder der kinderen zijn legitieme voorbehouden blijven; naar Westerwolder landrecht, artt. 27, 39, 40, mag een vader zijn kinderen niet onterven; mitsdien is ook in dit landrecht de legitieme erkend. De afboedeling staat hier niet in den weg; natuurlijk kwam het den appellaten niet te pas bij 't sluiten der huwelijken hun schoonvader rekening en verantwoording van zijn boedel af te vragen. Tegen dergelijke contracten kan eerst na den dood des schoonvaders worden opgekomen (zie Voet, Ad Pandectas, en Faber, in Codicem, libro III, titulo 23, numero 29). Er staat in die huwel.-contr. „bij provisie”, en nu worden ze door den vader gebruikt als een striknet. Ook is de bepaling, dat de zoons slechts op zoons erven van groot nadeel voor de dochters, nu de jongste zoon bijna alles krijgt. De appellaten kunnen wel gedoogen, dat de vader den jongsten broer voor al zijn dienst en arbeid een belooning gaf.

Beide sententiën geconfirmeerd; kosten gecompenseerd.

„Beknuppen” van huwelijksvoorwaarden wil zeggen: de geldigheid er van betwisten. Naar Stadsconstit., van 1689, op de houlijken, etc., art. 17, moest dit binnen jaar en dag geschieden. Art. 11 van het Westerw. landr. geeft geen reden te zeggen, gelijk appellanten deden, dat in Westerwolde dit instituut niet bestond; wel stelde de familieraad onherroepelijk de huwelijksvoorwaarden vast, maar waren er familieleden genegeerd, dan konden deze m. i. „beknuppen”, al zwijgt art. 11 er over.

Niettemin geloof ik, dat hier onjuist is beslist, aangenomen dat de inhoud dier huw. voorw. volledig hierboven is vermeld. Had de oudste zoon, die naar Westerw. landr., 24, recht had op het huis en erf bij 't huis behorende, zich verzet, dan ware 't een ander geval misschien, tenzij deze zich — *op meerderjarigen leeftijd* — had laten uitboedelen. De bevoorrechting, die naar landrecht hem toekwam,



is hier klaarblijkelijk den jongsten zoon ten deel gevallen. Het z.g. Anerbenrecht, dat in Twente b.v. vooral uit hoorigheidsverhoudingen is te verklaren, doch daar naar 't gemeene recht niet gold, gold volgens evengemeld artikel van het Westerwolder landrecht in Westerwolde naar 't gemeene recht wel, ten bate van den oudsten zoon. Dat men het ook ten bate van een anderen zoon aanwendde, blijkt uit dit geval. Het doel om de ondeelbaarheid van het vaderlijk erf te handhaven en versnippering of verkoop te voorkomen, werd hier dus bereikt door den jongsten zoon toe te wijzen wat den oudsten toekwam, gelijk gezegd, waarschijnlijk met goedvinden van dezen. Art. 24 van het Westerw. landr. luidt: „Ein vader mach delen sine guder sonen und dochteren *na hillikes-vorworden*; den oldesten sone beholden dat huys und arve tho den huse behorende, mit alle reppelicke und tilber guderen. Als dan die vader is done die latinghe des gudes, sal men daerby eysschen die anderen kinderen, und dan die soens mede tho laten die guederen, und of die soens die medelatinghe nicht en deden, soo sal die latinge des vaders vollkomen und bundachtich wesen". Het huis en erf, waarover 't hier loopt, het familiegoed, wordt in art. 29 de „hinderheerd" genoemd; de langstlevende der ouders had het recht dezen hinderheerd te houden, doch moest hem dan voor de kinderen bewaren (art. 29); deed hij of zij dit niet, dan hebben we te doen met het geval geregeld in art. 24. Huwelijksvoorwaarden en uitboedelingen moesten geschieden door den familieraad („met mande vrinden raad"; Westerw. landr., 1, 4, 6, 7, 11, 268). Het woord „tochaeken", dat in deze sententie voorkomt, beteekent „toevoegselen"; men zie hierover het register in FEITH's *Beklemregt*, II, op dit woord.

**6. Stad. 4 April 1753. Bknupping van huwelijksvoorwaarden ongeldig verklaard, waarschijnlijk omdat bleek dat hij, die „bekenupte", de huw. voorw. bij het opmaken ervan mede had goedgekeurd.**

Robert Meyknegt, in qité, appellant, contra ontvanger Hulsewé nomine uxoris, appellaat van een sententie van Burgemeesteren en Raad van Groningen, van 2 Febr. 1752, waarbij geconfirmeerd een sententie van 23 Juni 1750, waarbij gecasseerd des insinuants (nu appellant's) gedane insinuatie, dat zijn tegenpartij



zou hebben te gedoogen „beknapping van de huwel. voorw., die deze (Hulsewé) vóór zijn huwelijk had „opgeregt” en den 17 Nov. 1745 „belied”.

Appellant voert aan, dat de appellaat Hulsewé in 't huwelijk zou treden met appellant's zuster, en toen in 't huwel. contract heeft laten opnemen de bepaling, dat bij kinderloos overlijden de langstlevende lijftocht zou genieten van alle na te laten goederen; dit nu strekte alleen ten voordeele van appellaat; appellant is er door benadeeld en was dus genoodzaakt „beknapping” te doen (art. 31 Stadsc. over testam., verbod over aangeerfd goed te testeeren); appellant had de voorwaarden goedgekeurd op conditie dat alle bloedverwanten van de bruid ze goedkeurden, doch appellaat heeft deze voorwaardelijke schriftelijke toestemming niet laten lezen aan de familieleden, doch enkel aan den heer, die de „belieinge” heeft „ingenomen”, dus is er geen toestemming van de zijde van appellant.

Appellaat zegt: er blijkt duidelijk uit 't huwelijks-contract, dat appellant en zijn vrouw het hebben goedgekeurd; ja zijn goedkeuring is met zegel en brief bekrachtigd.

De afgegeven sententie wordt geconfirmeerd.

*7. Bellingwolde. 15 Dec. 1738. Een te Bellingwolde wonende getrouwde vrouw had geprotesteerd tegen den verkoop van meubilair door schuldeischers van haar man, bewerende dat dat meubilair haar aangeerfd goed was en niet voor schulden des mans was verbonden. De tegenpartij beweert: gij bewijst niet dat 't uw goed is en dus is 't aangewonnen goed. Deze tegenpartij krijgt gelijk.*

Gerrit Harms en cons., in qlté, imp., tegen Wendeltje Reints, ged., om te moeten vervolgen het appèl van de sententie van den drost van Westerwolde, Aldringa, d.d. 17 Oct. 1738, waarbij Wendeltjes' inhibitie-mandaat was geconfirmeerd, waarvan nu geappelleerd en reformatie wordt verzocht, omdat in Juni 1733 de richter Swarte in preferentie heeft verklaard over de goederen van Elso Berents, bij welks slot de crediteuren onverkort zijn gelaten op des debiteurs overige goederen. De debiteur bracht later nog eenig meubilair in zijn huis, en toen hebben de appellanten daarvan verkooping verzocht bij richter Swarte, maar de vrouw van den debiteur, de appellate, deed een inhibitie tegen



deze verkooping, zeggende dat het haar particuliere goederen waren, en dat zij f 1200 voor haar man had betaald en dat naar Westerw. landr. haar goederen niet aansprakelijk waren voor haar mans schulden; bovendien legde ze over een contract van ongemeenschap van goederen, maar appellate heeft niet getoond dat deze goederen haar particuliere of aangeerfde goederen waren, derhalve omnia bona praesumuntur acquisita; bovendien appellate woont onder Old. landr.; eindelijk: het contract met haar man is stante conjugio gemaakt, dus zijn ze in gemeenschap getrouwd.

Appellate: Ik woon onder Bellingwolde, dus moet ik (niet)<sup>1)</sup> geoordeeld worden naar Westerw. landr. Het Old. kent echter niet gemeenschap van aangeerfde goederen; ook tasten app. alles aan, zonder scheiding te vragen. 't Contract, met mijn man opgemaakt, is opgemaakt op denzelfden dag, toen ik zijn schulden betaalde. Voor zijn anterieure schulden behoeft mijn particulier aangeerfd goed niet te worden aangetast.

De sententie wordt gereformeerd.

(Deze beslissing is m. i. niet in dezen zin gegeven, omdat aangewonnen goed half en half zou zijn. Het is hier eigenlijk een beslissing buiten huwelijksgoederenrecht om. 't Is een bewijsquaestie. In Bellingwolde gold het oude Oldambtster landrecht van 1471, niet dat van 1618; de winst was voor den man alleen, 1471, I, 3: „Des wyves goet wint niet toe op den heert, daer het komt, men dat sal behouden blijven, soo veer als 't daer is unde de schulden sint betaalt"; zie P. E. J. P., VI, p. 674; FOCKEMA ANDREAE, *Bijdr.* II, p. 75 en IV, p. 128, noot 2 en P. E. J. P., VI, p. 749). Waar waren partijen getrouwd? Aan wie behoorden de roerende goederen? Ging het enkel over mans schulden?)

**8. Ommel. 20 April 1751. De vrouw had de ten huwelijk aan-gebrachte goederen buiten de gemeenschap gehouden en eischte dat de executie op die goederen voor schulden des mans zou worden gestaakt en krijgt gelijk.**

Alberdina Croon, imp., tegen de dienaars van het Fivelgokwartier, inhibeerden, en Ds. P. de Cock, partij; „om met de voorhebbende executorialen in de goederen van inhibente te moeten

<sup>1)</sup> Het woord *niet* is door mij ingelascht.



supersederen tot nadere regtsverklaring bij geweltstraffe". Er was, zegt zij, voor particuliere schulden van haar man ten onrechte in haar goed *zetma* gedaan, welk goed zij in 1748 volgens inventaris ter huwelijk had aangebracht en bij huw. contr. buiten gemeenschap gehouden; ook waren de antimatrimonieele goederen buiten gemeenschap gebleven.

Ged. verzoekt cassatie van het mandaat; de inventaris was tusschen man en vrouw gefabriceerd in fraudem creditorum; ook was dit geen antimatrimoniale schuld, want tijdens 't huwelijk was de onderhavige schuld aangegaan, waarvoor de man had geteekend, wel was 't proflueerende van een in 1744 gekochte kamp hennep, maar 't was novatie tijdens 't huwelijk en ook kon de man de vrouw verbinden en 't bedrag kon wel uit aanwinst worden betaald, „waaran de imp., ofschoon de optie bedongen hebbende, of an winst en verlies wilde participeren, tot nogh toe niet hadde gerenuntieert". De imp. zegt: 't huwel. contr. is buiten verdenking; ik heb recht op de „afgesette goederen"; de onderhavige schuld is een vóórhuwelijksche schuld van 1744, en door de gepasseerde handt van het restant dier „schulde", is haar natuur niet veranderd, ze bleef antimatrimonieel.

Het mandaat wordt geconfirmeerd met compensatie van kosten.

(Krachtens het huwelijksgoederenrecht, dat in de Ommelanden gold, was er, als er geen huwelijksvoorwaarden waren gemaakt, gemeenschap van roerend goed en van aangewonnen onroerend goed en voorts van winst en verlies; men zie FOCKEMA ANDREAE, *Bijdr.*, II, p. 71 e. v. en Ommel. landr., III, 15, 16, 17, 18. Het blijkt uit deze sententie niet afdoende welke de inhoud der huw. voorw. is geweest in dit geval.)

9. *Ommel. 5 Febr. 1733. Een meerderjarige weduwe, een 2<sup>e</sup> huwelijk willende aangaan, kan niet worden gedwongen met haar a.s. tweeden man huwel. voorw. op te maken.*

„De pastor van Bellingeweer, inhibeerde, mevr. de wed. Jarges van Bellingeweer, parthije, nu revidente, en mevr. de wed. Burmannia en cons., inpetranten, nu gerevideerden" van een sententie van 17 Juli 1732, door de H. J. kamer gewezen, waarbij geconfirmeerd, met compensatie van kosten, der inpetranten mandaat, van „teneur" dat de revidente huwel. voorw. zou moeten



„oprechten” ten overstaan van de impetranten, voor en aleer zij zou treden in den huwel. staat, en dat dan bij die huwel. voorw. zou moeten worden bedongen retour der Ommel. goederen, volgens inhoud der ouderlijke, grootouderlijke en overouderlijke huwel. contracten, of daartoe te worden gedwongen, inmiddels met verdere proclamatiën en voltrekking te „supersederen”.

De revidente stelt zich te hebben geengageerd met Pyrrhus Wilhelmus van Zijtsama, waarop kennisgeving aan haar moeder is gevolgd, die consent gaf tot 't engagement, waarop is gevolgd de gewone notificatie door den bruidegom en andere nabestaande vrienden en daarna de proclamatiën; vóór de 3e proclamatie echter kwam 't inhibitoriaal mandaat, dat ten onrechte is geconfirmeerd, als strijdende tegen 's Lands wetten. Dit is 't geschil: kan een meerderj. weduwe, wier ouders en voorouders huwel. contr. hebben opgemaakt, door haar naastbestaande vrienden worden gedwongen, met haar a.s. tweeden man huwel. contr. te maken, en kan hierdoor een huwelijk worden „gestremt”. Zelfs minderjarigen kunnen er niet toe worden gedwongen; zie VoET, *Ad Pand. de Pact. dot.*; XXIII, 4, n°. 13; 17 Pand. de Spons. (XXIII, I); lex 7 Cod. de nuptiis (V, 4); S. v. LEEUWEN, *Cens. For.*, I, 1, 12. Het *Ommel. Landr.*, III, 14, e. v. geeft een regeling, waarvan bij huwel. voorw. kan afgeweken door hem, die wil. Zonder huwelijkscontract komt 't goed ook niet in andere familie, want hier is geen gemeenschap volgens landrecht.

De sententie wordt gereformeerd.

(De pastor, d. w. z. predikant, van Bellingeweer is hier als „geinhibeerde” in 't geding, omdat hij de huwelijksproclamatiën van den kansel deed. Het komt mij weinig twijfelachtig voor dat deze Ommelander dame, die met een Fries ging huwen, vrij was om te huwen zonder huwel. voorwaarden. Haar redeneering, hier boven weergegeven, was m. i. volkomen juist, al was het ongebruikelijk in den stand van de Ommelander edelen, om zonder huw. voorw. te trouwen.)

10. *Stad. 23 Juni 1779. In de stad Groningen gold een huwelijksgemeenschap in dier voege dat de langstlevende echtgenoot(e) als het kind vóór beide ouders was overleden, alles van de(n) eerst overledene erfde. Dit stelsel toegepast ten bate*



*van een man, wiens vrouw, in 't Weeshuis opgevoed, uit dat huis was gegaan zonder afkoop te doen. Het Weeshuis werd desniettemin niet als erfgenaam erkend van deze vrouw.*

Theodorus Ulman, boedelhouder van zijn overleden vrouw Saartje Lanter Heideman, appellant, tegen de voogden van het Burgerweeshuis, appellaten eener sententie van Burgemeesteren en Raad in Groningen, van 17 April 1776, waarbij geconfirmeerd was een vroegere sententie, gelastende dat appellant moest overgeven inventaris van de goederen zijner huisvrouw, omdat deze vrouw, in dat Weeshuis opgebracht, zonder lijfserven was gestorven en zij nimmer afkoop met 't Weeshuis had gemaakt.

Appellant erkent dat zijn vrouw van 1728 tot 1738 daar is opgevoed; niettemin hadden appellaten q. q. geen recht op haar nalatenschap en dus niet tot deze actie; appellant grondt zijn erfrecht op Stadsconstit., rubr. erfenissen, art. 49; in 1749 was uit hun huwelijk een kind geboren, dat in 1771 was overleden; de moeder was in 1772 overleden; dus was appellant erfgenaam volgens de in 1689, conform Stadboek van 1425, gegeven wet; hieraan derogeert niet de raadsresol. van 28 Jan. 1660, krachtens welke de weeshuizen erven, tenzij er afkoop geschiedt; deze wet was enkel door den zittenden raad gemaakt, de andere door den vollen raad, oud en nieuw, met taalmannen en gezworen meente; de wet van 1660 verbond dus niet; ook al niet, omdat ze nooit was gepromulgeerd; bovendien 't geval, waarin naar die res. van 1660 't weeshuis zou kunnen erven, bestond hier niet, want nu er een kind geweest was, representeerde hij, appellant, de lijfserven, naar *Gron. Regtskennis*, p. 127, en de exclusie van den man was in de resolutie niet begrepen; ook was de resol. van 1660 vervallen door de latere wet van 1689.

Appellaten voeren hiertegen aan dat de resol. van 1660 wel een wet was, gelijk er veel meer wetten alleen van den zittenden raad afkomstig waren. Deze wet van 1660 — mogelijk niet gepromulgeerd — is algemeen bekend door haar voortdurende toepassing; het geval van art. 49 der constitutie van 1689 handelt over uitsluiting van broers en zusters, en past hier niet.

Appellant zegt nog bij repliek: De res. van 1660 is slechts een beschikking op een request.



De sententie wordt gereformeerd. Den 25 October 1780 wordt in revisie deze sententie geconfirmeerd.

Ik laat die quaestie van het recht van het Weeshuis als van te lokaal belang hier ter zijde, doch wensch enkele opmerkingen te maken over het huwelijksgoederenrecht in de stad Groningen, in Selwerd en in Drente.

*Drente: Ordelboek*, ed. FEITH, a° 1444, p. 24. Een weduwe deelt winst en verlies van de huwelijksgemeenschap, met de erven van wijlen haar man, en voorts krijgen deze het goed van den man en zij haar eigen goed terug, omdat haar huwelijk onbeerd was; dus bij kinderloos huwelijk gemeenschap van winst en verlies. Precies hetzelfde geval in 1447 en precies dezelfde beslissing (a. w., p. 28). Nog zulk een geval, waar echter de man de langstlevende is, in 1470 en 1474 (a. w., p. 92 en 107). In 1516 wordt in gelijken zin beslist in een geval van een kinderlooze weduwe, die afdeelt met de erfgenamen van wijlen haar man; hierbij gaat de winst en het roerend goed half en half (a. w., p. 183). In hetzelfde jaar wordt bewijs opgelegd (a. w., p. 188), dat zeker echtpaar een echt kind heeft gehad; lukt het niet te bewijzen dat het kind, dat zij gehad hebben, naar recht en gewoonte „der hilligen kercke” echt is geweest, dan is er samenwinning tusschen deze echtelieden geweest; m. a. w. dan was het een kinderloos huwelijk geweest, waarbij gemeenschap van winst en verlies gold; was 't kind echt geweest, dan zou t' huwelijk beerfd gebleven zijn, trots vóóroverlijden van 't kind; *in zoodanig geval was er gezamendehandsche gemeenschap; hield de langst levende echtgenoot(e) alles*. In het Suppl. I, ordelb. (ed. Gratama), p. 38, n°. 95, staat: „Een man of wijf, de to samen sitten ende die onbeervet sint, ist dattet wijf ofte die man stervet, so sal malck sijn goet weder hebben, dat si an malkanderer brochten. Is daer winnige, dat sullen sy to samen delen, ende is daer verluyss, dat sullense to samen ghelden.” In Supp. II, n°. 312, p. 30 weer de beslissing dat bij onbeerd huwelijk samenwinning (gem. van winst en verlies) is. In 1547 besliste de etstoel (JOOSTING, *Ordelen*, p. 170): bij onbeerd huwelijk is er gemeenschap van aangewonnen goed, en de echtelieden mogen elkaar lijftocht van „der ander helffte” (der aangewonnen goederen; zie *Cost. en Ord.*, § 40, O. V. R., p. 116) maken en over roerend goed vrij beschikken.



Die lijftochtsquaestie daargelaten, bleef dus voor het aangestorven onroerend familiegoed gelden het *paterna paternis, materna maternis*. De zestiende-eeuwsche *Costumen en Ordonnantien*, Dr. rechtsbronnen, O. V. R., p. 115, 36, § 35, vermelden dezen regel: „Als man ende wijff in echtschap sitten ende ghien lijfferven gehadt hebben, die vererven hoer guet weder in den bosem ende opt naeste bloet, daert heergekomen is, unde deelen die tilbare guyderen, [ende] die sie tsamen aangewonnen hebben, aen beyden tsyeden halff ende halff mit schade ende bate.” (Ik heb ingevoegd het woord „ende” in verband met ’t hierboven en hierna vermelde.) Soortgelijke bepaling in het landrecht van 1608, III, 23; hier staat „ende deelen die tilber goederen met die si tsaemen aangewonnen hebben” (dus gemeen zijn alle roerende en de aangewonnen onroerende goederen). En dan volgt — in strijd met ’t vroegere recht — „ende wordt gelijk verstaen van echte luiden, die witlicke geboorte gehadt hebben ende voor haer beiden gestorven is”. Voortaan zou dus een huwelijk, waaruit kinderen gesproten, niet voor beerfd huwelijk blijven gelden als de kinderen vóór de ouders kwamen te sterven. Zou dus niet meer de langstlevende der ouders, ten nadeele van de erfgenamen in opgaande of zijlijn van de(n) eerst overleden(e) der echtgenooten, alle goederen der gemeenschap behouden (cf. p. 448); gold ook hier de regel *paterna paternis, materna maternis*. De bepaling is gelijklopend met Landrecht 1614, III, 22, en hiermee was de gez. handsche gemeenschap, waarover straks nader, weg<sup>1)</sup>. In het landrecht

<sup>1)</sup> Bekend is de twistvraag of het landrecht van 1608, dat reeds 6 jaar later door een geheel nieuw is vervangen, wel ooit in werking is getreden, en of het niet ontwerp is gebleven. Ik geloof het laatste. Daarvoor pleit vooreerst dat het wonderlijk is, dat reeds zes jaar na de invoering het door een geheel nieuw zou zijn vervangen, te wonderlijker waar dit nieuwe van 1614 op zoo weinig punten verschilt van dat van 1608. Maar er is een sterker argument, dat tot dusver niet te berde is gebracht; het kon dan ook pas in 1912 geopperd zijn na de verschijning van 't *Drentsch Placcaatboek*. Den 1en December 1609 beslissen de Staten van Drente (JOOSTING, *Drentsch Placcaatboek*, I, n<sup>o</sup>. 185, p. 143) op verzoek van den adel, dat ingeval er adellijke personen kinderloos sterven, hun goed teruggaat naar den boezem waaruit 't kwam, d. w. z. kinderlooze huwelijken, waarin 1 of meer kinderen geweest zijn, die echter allen vóór de ouders zijn overleden, zullen ten aanzien van adellijke families voortaan niet meer voor beerfd doorgaan; ze zullen onbeerfd



1712, III, 45, wordt deze bepaling van landrecht 1614 herhaald.

Een ordel van 1549 (JOOSTING, *Ordelen*, 1518—1604, O. V. R., p. 207) beslist, dat bij beerfd huwelijk de goederen half en half zijn. In het *Rapport* van 1557, art. 60 en in art. 37 der *Costumen en Ordonnantiën* van 1572 (*Dr. Rechtsbr.*, ed. SEERP GRATAMA, p. 84 en p. 115) staat, dat bij beerfd huwelijk er zoodanige gemeenschap is, dat de langstlevende al 't goed behoudt, hoezeer de kinderen vóór de 2 ouders zijn gestorven. Dit is dus gezamendehandsche gemeenschap; er heeft aanwas en niet vererving plaats. Maar, zoo vervolgt gemeld artikel van het *Rapport*, „ingevall tselve kindt ofte kinderen in leven blijven ende eyne van die olderen sterfft, des verstorven guedt erfft op die kinderen”, m. a. w. in zoodanig geval is er geen gezamendehandsche gemeenschap, geen gecontinueerde collectieve gemeenschap, geen systeem meer van die 't langst blijft, krijgt alles, maar een gewone algeheele gemeenschap, die door den dood van een der echtgenooten ontbonden wordt en vervalt in 2 helften, de ééne helft komt aan de(n) langstlevende(n), de andere aan de kinderen. Het komt mij voor dat FOCKEMA ANDREAE in zijn *Bijdragen*, II, p. 84—86, aan het tweede deel van art. 60 van

zijn, en ook hier zal gelden het paterna paternis, materna maternis; het goed vererfde dus niet ten nadeele van de familie van de(n) eerst overleden echtgenoot(e), op de(n) langstlevende(n). Alleen deze kinderlooze huwelijken had men in deze resolutie op 't oog, want voor de kinderlooze huwelijken, die altijd kinderloos geweest waren, gold reeds van ouds het paterna paternis, materna maternis. Maar als 't landrecht van 1608 is ingevoerd, dan vroeg de adel en verkreeg in 1609 iets, wat alle edele en niet edele Drenten reeds ten vorigen jare hadden verworven. Dit is onzin en toont dat de bepaling van 1608, III, 23 en dus het *heele* landrecht 1608 — waar ons van *broksgewijze* invoering niets bekend is — geen wet is geworden. In die resolutie van 1608 staat dan ook „blyvende niettemin de eigenerfden bij hun oude landrecht”. Dit veranderde door de bepaling van III, 22 van 't landrecht 1614. In de periode 1609/1614 heeft dus de adel op dit punt een ander huwelijksgoederenrecht gehad dan de niet-edelen. Na 't landrecht 1614 gold voor adel en niet-adel weer hetzelfde. Men zie over de quaestie betreffende het karakter van 't landrecht 1608 de dissertatie van MENNO OLDENHUIS GRATAMA, Groningen, 1883, *Het onuitgegeven landrecht van Drenthe van 1608*, p. 11—20. Hij komt tot de conclusie, dat het wel kracht van wet heeft gehad en citeert een strafvonnis van 1609, waarin beroep wordt gedaan op 't „nije” landrecht, zelfs met aanhaling van 't artikel van 't landrecht in dat vonnis.



het *Rapport* te weinig aandacht schonk; immers hij verklaart op p. 85, dat de gemeenschap in Drente bij beerfd huwelijk een gezamendehandsche was en op p. 86 dat het niet met zekerheid is uit te maken of dit na 1608 nog zoo was. M. i. volgt uit 't voorafgaande en uit ordelen, vermeld bij FEITH, p. 151 en 153 en bij JOOSTING, p. 198, dat ze dit (tot op 1609/1614) slechts was bij een huwelijk zonder kinderen, dat vroeger met 1 of meer kinderen was gezegend, maar dat het zoo vóór als na 1609/1614 een gewone algeheele gemeenschap was bij een huwelijk met kinderen. Dit volgt uit art. 60, 2<sup>e</sup> ged., van 't *Rapport*, uit even- gemeld ordel van 1549 en uit 2 ordelen bij FEITH, p. 36 en 73 en *Suppl.*, II, n<sup>o</sup>. 525. Bovendien noch uit eenig ordel of costuum of landrecht blijkt dat er na doode van een der echtgenooten een verplicht samenblijven bestond, of dat er aanwas in plaats van vererving plaats had buiten het nu reeds meermalen besproken geval. Van het tegendeel bleek uit de zoeven vermelde gegevens, blijkt ook uit *Suppl* I, *Ordelboek*, p. 28, n<sup>o</sup>. 35, waar wordt beslist, dat als de vrouw sterft, het goed der gemeenschap wordt gedeeld tusschen den man en de dochter; hertrouwt de vader en wint hij een zoon in den tweeden echt en sterft hij daarna, dan moet van des vaders versterf de zoon zijn voormelde halfzuster uitboedelen. En waar blijft de gezamende hand in het nu te melden geval van het *Ordelboek* (ed. FEITH), p. 165? Een grootvader sterft; zijn goed versterft op de kleinkinderen uit het huwelijk van zijn vooroverleden zoon; de weduwe van dezen zoon krijgt niets, juist omdat deze zoon vóóroverleden is en daarmee de gemeenschap is ontbonden; van een voortgezette gemeenschap is geen sprake <sup>1)</sup>. Het is waar in dit geval was er een huwelijkscontract, welks inhoud echter onbesproken blijft. Uit een ordel van 1549 (JOOSTING, *Ordelen*, O. V. R., p. 216/217) blijkt dat de etstoel twijfelde, of huwelijksvoorwaarden mochten strijden met het costumiere recht (de „olde lantrechten”); immers de beslissing wordt gelaten aan arbiters; wat deze beslissen zal van waarde blijven, omdat „de droste ende gemene etten befinden de hilixvorwarden ende den olde lantrechten van Drenthe steken tegen den anderen”.

<sup>1)</sup> Bij dit ordel moet er op gelet worden, dat in plaats van Wilmer is te lezen: wilener = *weler*, het is dus een bijwoord en niet een eigennaam.



De landrechten van 1608, 1614, 1712 zwijgen over het systeem van huwelijksgoederenrecht bij huwelijk met kinderen; aangenomen mag worden, dat het is gebleven, zooals het was. Men zie het bewijsmateriaal bij FOCKEMA ANDREAE, *Bijdr.*, II, p. 84/85, ontleend aan aantekeningen, geschreven bij gedrukte exemplaren van landrechten.

Wat het huwelijksgoederenrecht in Selwerd of het Goorecht betreft, het volgende: In het landrecht van 1529 wordt bepaald, dat echtelieden, wier kinderen vóóroverleden zijn, elkaars universeel erfgenaam zijn, tenzij bij huwelijksvoorwaarden anders is bepaald. („Echte lueden, die kinder to samen hebben gehad, unde dat kindt doth is, so ervet di ene up den ander, wthgesecht hylickes vorwarden gaen voer all"). (P. E. J. P., VI, p. 603/604). Dus als in Drente, met daarbij positieve zekerheid omtrent de geldigheid van huwelijksvoorwaarden, die van dit stelsel van gezamendehandsche gemeenschap bij voormalig beerfd huwelijk afwijken. En verder bepaalt een ander artikel (P. E. J. P., VI, p. 606/607), dat als er kinderen zijn, er is gewone algeheele gemeenschap van goederen („Echte lueden, die sick echtlick beslapen unde hebben kinderen te samen, so sinnen öhre guederen halff und halff"). In het Selwerder Landrecht van 1673, III, 10 en 39, dezelfde bepalingen. Selwerd is een Drentsch landschap evenals de stad Groningen Drentsch is, het sluit geographisch op Drente aan en de stad Groningen ligt er in. Geen wonder dat er dus hetzelfde recht gold ten aanzien van huwelijksgoederenrecht. Andere gegevens betreffende Selwerd dan de vermelde, zijn er niet; voor onbeerfd huwelijk mogen we dus wel aannemen gemeenschap van winst en verlies. Voor huwelijk met kinderen is er gewone algeheele gemeenschap, de goederen zijn „half en half". Ten onrechte concludeert m.i. FOCKEMA ANDREAE, *Bijdr.* II, p. 82, dat „ondanks de woorden *half en half*, ook hier eene gezamendehandsche gemeenschap bestond". De woorden *half en half* zijn hier al mee in strijd. En in Drente, waar de bron der jurisprudentie rijkelijker vloeit dan in Selwerd, en ook de wetelijke en in geschrift gebrachte costumiere bepalingen uitvoeriger zijn over ons onderwerp, gold, zooals ik meen te hebben aangetoond, gewone algeheele gemeenschap bij huwelijk met kinderen en tot op 1609/1614 gezamendehandsche gemeenschap bij huwelijk,



waarin het kind of de kinderen allen vóór de ouders zijn overleden.

Ik kom nu tot de stad Groningen. In het *Stadboek* van 1425 (II, 4, ed. P. E. J. P. = ed. Telting, in O. V. R., II, 23) treffen we weer de bepaling aan van de gezamendehandsche gemeenschap bij vooroverlijden van de kinderen: „Soe waer een man ende ene vrouwe winnet kindere echtelike, ende die kindere stervet, also dat daer noch soens kindere noch dochtere kinder achter bleven en sint, so ervet de man op die vrouwe ende de vrouwe op den man”. En in II, 9 (Telting, II, 25) staat: „Soe waer een man ende ene vrouwe kindere to samen hebben, stervet de man, so sal de vrouwe ende die kindere dat guet lyke delen”. Ook hier precies hetzelfde als in Drente en in Selwerd: bij huwelijk met kinderen de gewone algeheele gemeenschap, die door den dood van één der echtgenooten wordt ontbonden, zoodat de helft den langstlevende en de andere helft den kinderen toevalt. Met geen mogelijkheid is hier een gezamendehandsche gemeenschap uit te halen. In het *Stadboek* (ed. Telting, II, 23, 2<sup>e</sup> lid) leest men nog: „Soe waer een vrouwe eenen man hevet ende enghene kyndere en wynnet, stervet de man, so sal se oer eghen guet weder hebben”. Dus algeheele ongemeenschap, zou men zeggen. Is echter een gemeenschap van winst en verlies bedoeld, dan zou 't heele stelsel zijn als het Drentsche. Maar er staat, dat dit slechts geldt voor de huwelijken van degenen „die syck versamelt hebben eer den tyt, dat de punte gemaket waert, de hyrnae geschreven staet”. Een bepaling van transitoir recht, overbodig, als men in 't oog hield, dat de wetten geen terugwerkende kracht hebben. In de editie P. E. J. P. ontbreekt de bepaling dan ook. Art. II, 8 (Telting, II, 24) behelst dan een bepaling van 1374, die, gelezen in verband met het bij Telting voorafgaande (II, 23, 2<sup>e</sup> lid), tot de conclusie leidt, dat deze voorafgaande bepaling (II, 23, 2<sup>e</sup> lid) van 't *Stadboek* van 1425 slechts tot 1374 heeft gegolden. De bepaling van 1374 luidt nl.: „so waer een man na desen daghe nemet ene vrouwe of ene joncfrouwe ende echteliken beslapet, so sall hoer beider guet wesen half ende half, also vro als hie sie beslapen hevet”. M. a. w. de algeheele ongemeenschap of misschien die van winst en verlies wordt ter zijde gesteld en de algeheele gewone gemeenschap wordt algemeen geldend verklaard, behoudens het



reeds vermelde geval van de huwelijken, waarin de kinderen allen vóór de ouders zijn overleden. En dus concludeer ik: sinds 1374 was er bij alle huwelijken algeheele gemeenschap en alleen bij beerfde huwelijken, waarin de kinderen zijn vóór-overleden, gezamendehandsche gemeenschap. En zoo is het systeem in de stad Groningen gebleven. Men oordeele. In 1689 werd uitgevaardigd een stadsconstitutie op huwelijkszaken; art. 35 (hoofdstuk, „houwlijksvoorwoorden”) dezer ord. stelt als algemeenen regel voorop de gewone gemeenschap van goederen, ingaande dadelijk nadat de huwelijksplechtigheid door echte beslapping is gevolgd. Voor elk huwelijk dus. Maar art. 49 (hoofdstuk, van erffenis bij versterf) bepaalt daarnaast, dat als de kinderen komen te sterven vóór de ouders, de langstlevende der echtgenooten alles krijgt met uitsluiting van de erfgenamen van de(n) eerst overledene der echtgenooten.

Het komt mij dus voor, dat onjuist is de conclusie van FOCKEMA ANDREAE op p. 82 van *Bijdr.* II, dat de tegenstelling in het huwelijksgoederenrecht der stad Groningen deze zou zijn: bij onbeerfd huwelijk „eene gewone communio pro partibus indivisis”, en bij beerfd huwelijk „eene gezamenderhandsche gemeenschap tusschen de ouders en de kinderen”. Immers ook bij beerfd huwelijk, zoolang de kinderen of slechts één kind nog leefde, was er evenzeer als bij onbeerfd huwelijk „gewone communio pro partibus indivisis”. Slechts was er gezamendehandsche tusschen kinderlooze echtgenooten, wier kroost voor hen beiden was overleden.

Ik zou aan de voorafgaande mededeelingen over de stad Groningen, 't Goorecht en Drente nog een en ander kunnen toevoegen over de vraag of echtgenooten elkaar lijftocht mochten maken en over het z.g. voordeel, maar ik bewaar dit liever voor later. Om nu de verkregen resultaten te resumeeren: In Drente was bij onbeerfd (= kinderloos) huwelijk gemeenschap van winst en verlies, van roerend en van aangewonnen onroerend goed; bij beerfd huwelijk (huwelijk met kinderen) algeheele gemeenschap en tot op 1609/1614 gold een beerfd huwelijk, waarin de kinderen waren vóóroverleden, voor een gezamendehandsche gemeenschap, zoodat de langstlevende echtgenoot(e) alles behield. Maar voor den adel na 1609, voor niet-edelen na 1614 gold een huwelijk, waarin de kinderen vóór de ouders waren overleden, voor onbeerfd.



In 't Goorecht en de stad Groningen is de voor Drente in 1609/1614 afgeschafte gezamendehandsche gemeenschap blijven gelden voor huwelijken met kinderen, waarin deze zijn overleden vóór beide ouders. Zijn de kinderen blijven leven, nadat één der ouders of beide ouders dood waren, dan is er gewone algeheele gemeenschap. Zijn er geen kinderen, dan heeft in *Selwerd* vermoedelijk gegolden als in Drente: gemeenschap van winst en verlies en in *de stad Groningen*: tot 1374 gemeenschap van winst en verlies en na 1374 gewone algeheele gemeenschap <sup>1)</sup>.

(Wordt vervolgd.)

---

<sup>1)</sup> In 1879 promoveerde te Leiden E. PELINCK op een proefschrift, getiteld: *Geschiedenis van het huwelijksgoederenrecht in Drenthe*. FOCKEMA ANDREAE was zijn promotor en citeert in zijn *Bijdr.* (II, t. a. p.) deze dissertatie. Ik kwam voor Drente tot dezelfde resultaten als PELINCK. Bij ANDREAE wordt de afwijkende meening van PELINCK niet vermeld.



# MÉLANGES.

---

## I.

**Le Cinquième Congrès International des Sciences Historiques.** La cinquième session du Congrès International des Sciences Historiques a eu lieu à Bruxelles, au Palais des Académies, du 8 au 15 avril, sous le haut patronage de S. M. le Roi des Belges, sous la présidence de M. HENRI PIRENNE, avec le concours bienveillant des autorités belges et bruxelloises, avec la collaboration active de nombreux historiens des pays participants.

Au cours du Congrès qui a duré une semaine entière et qui comptait près de huit cents membres effectivement présents, plus de deux cents communications ont été faites qui, toutes, ont été l'objet d'une discussion; on a délibéré sur des questions d'ordre général et pratique; on a entendu, aux séances plénières, d'éminents orateurs; on a assisté à des réceptions multiples et brillantes.

Le Congrès n'a pu épuiser son ordre du jour que grâce au principe dûment appliqué de la division du travail. La masse des congressistes a été divisée en treize sections dont plusieurs se sont, à leur tour, subdivisées en sous-sections. C'est dans ces vingt et quelques groupes que s'est effectué, à proprement parler, le travail du Congrès.

Nous allons passer rapidement en revue les travaux se rapportant à la matière qui intéresse spécialement nos lecteurs, c'est à dire à l'histoire du droit. Ces travaux ont été présentés principalement à la septième Section consacrée tout entière à *l'Histoire du Droit*. Présidée par M. CORNIL (Bruxelles), elle s'est scindée en deux groupes qui ont siégé simultanément; le premier s'est occupé du droit antique, le second du droit médiéval et moderne. Nous allons signaler tout d'abord, dans le présent aperçu, les travaux de cette section double. Il faudra, d'autre part, tenir compte, de certaines communications qui, pour s'être égarées parmi les rapports des autres sections, n'en regardent pas moins, d'une façon souvent directe, l'histoire du droit. Le coup d'œil rapide que nous allons jeter sur l'ensemble de ces travaux devra donc aller dans trois directions.

---

## II.

**Section du droit antique.** C'est à dessein que la dénomination de cette section avait été faite en termes assez larges pour permettre d'embrasser à la fois le droit romain et les autres branches du droit de l'antiquité. Car des



communications avaient été annoncées, par M. CUQ (Paris), sur *Les publications récentes des lois assyriennes et hittites du 2<sup>e</sup> millénaire avant notre ère*, et par M. ZOCCA-ROSA (Catane), sur *Les fragments des lois de Hammurabi récemment découverts parmi les fouilles de Nippur*. Ces promesses ne se sont pas réalisées. L'absence des deux conférenciers que je viens de nommer a transformé de fait la section de droit antique en section de droit romain. Seules, les communications de M. M. DE FRANCISCI (Padoue) et DE TOURTOULON (Lausanne) touchaient quelque peu, à titre de comparaison, à certains textes du droit grec et du droit hébraïque. Tout le reste visait exclusivement le droit romain.

Voici le résumé de ces travaux.

La première séance a été consacrée tout entière à la communication de M. COLLINET (Paris) sur *Les travaux des professeurs de l'école de Beyrouth au V<sup>e</sup> siècle*. L'Ecole de droit de Beyrouth, célèbre déjà au III<sup>e</sup> siècle de notre ère, atteint son apogée avec le groupe des professeurs qu'on peut appeler du nom général de : docteurs universels (vers 438 — avant 500) : Cyrille, Patricius, Domninus, Démosthène, Eudoxius, Amblichus, Léontius. Les travaux de l'école, au point de vue de l'authenticité, peuvent être groupés en quatre masses :

a. *Travaux incontestables*. — Les travaux de ces professeurs ne nous sont connus d'une façon incontestable que par les rares mentions qu'en font les commentateurs byzantins des VI<sup>e</sup> et VII<sup>e</sup> siècles aux scolies anciennes des Basiliques. Ils se composent : 1<sup>o</sup>. d'un commentaire des définitions de Cyrille ; 2<sup>o</sup>. surtout de scolies sur les commentaires juridiques classiques et sur les trois codes préjustiniens : Cyrille avait étudié les *Libri ad edictum* d'Ulpien et les *Responsa Papiniani* ; Patricius, les trois codes et quelques constitutions extravagantes ; Domninus, le code Grégorien et le code Théodosien ; Démosthène, le code Grégorien ; Eudoxius, les codes Grégorien et Hermogénien et le *De officio proconsulis* d'Ulpien ; Amblichus et Léontius, les livres *ad edictum* d'Ulpien.

b. *Travaux probables*. — Il est vraisemblable que les scolies du Sinaï avec les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien proviennent de l'Ecole de Beyrouth ; mais leur auteur n'est pas connu. A notre sens, elles ont eu d'ailleurs deux auteurs ; elles constituent une chaîne, la seule chaîne grecque des grandes œuvres juridiques classiques qui nous ait été conservée. On ne voit pas pourquoi les scolies avec les *Responsa Papiniani* ne viendraient pas de Beyrouth aussi bien que d'Alexandrie. Il serait possible que le P. S. J. 55 fut le fragment d'un commentaire écrit par un professeur de Beyrouth.

c. *Travaux discutables*. — On ne peut rattacher à l'Ecole de Beyrouth le Prédigeste de Peters, puisque ce Prédigeste n'existe pas. De même il n'a jamais existé de traduction grecque des Institutes de Gaius ayant servi de base à la Paraphrase de Théophile, comme le prétendait Ferrini. Quant aux *Leges saeculares* (ou coutumier syro-romain), la meilleure opinion, contraire à celle de Ferrini, les enlève également à l'Ecole de Beyrouth. Pour le petit tableau *De Actionibus*, d'origine sûrement antéjustinienne, il est dû plutôt à un praticien qu'à un professeur.

d. *Autres traces probables de leurs œuvres*. — Mais, en dehors de ces textes dont l'origine bérouthine est plus ou moins sujette à caution, nous



croyons pouvoir attribuer avec une grande vraisemblance aux professeurs syriens la paternité des passages anonymes assez nombreux se trouvant dans les scolies des Basiliques. Ces passages seraient ceux qui visent des institutions supprimées par Justinien. On en rapprochera les morceaux des Gloses Nomiques qui se rapportent aux mêmes institutions disparues. Il est probable aussi que quantité de scolies des Basiliques relatives à des institutions encore conservées par Justinien ont leur source dans les travaux des maîtres de Beyrouth; car il est possible d'évaluer l'ampleur de leurs commentaires personnels qui ont dû être très étendus.

Le lendemain, M. NAP (Utrecht) a parlé de *La date de la loi Aebutia*, en plaçant cette date à une époque beaucoup plus récente qu'on ne le fait généralement. M. NAP choisit comme point de départ le texte de Gaius, IV, 30: *per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legisactiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus*. Il observe que Gaius, en ne faisant remarquer qu'en second lieu l'introduction des formules dans les procès civils par la loi *Aebutia*, nous porte à croire que celle-ci n'était pas la première à introduire les formules dans les procès civils. En effet, par la loi *Valeria*, de 86 avant J.-C., la procédure formulaire a été introduite dans les procès civils ayant pour objet une somme d'argent mentionnée dans une *sponsio*. Par la loi *Cornelia*, de 82 ou 81 avant J.-C., la procédure formulaire fut introduite dans les procès civils, ayant pour objet une somme d'argent mentionnée dans une stipulation. (Cf. Gaius, III, 124; Cicéron Verr. 2, 2, 12, 30 et la soi-disant *lex Julia municipalis*, inscription datant en réalité de l'an 65 avant J.-C.) Enfin, c'est par la loi *Aebutia*, de 64 ou 63 avant J.-C., que la procédure formulaire fut introduite dans tous les procès civils, quel que fût leur objet, sauf toutefois dans les procès se déroulant devant les centumvirs. (Cf. Cicéron *pro Murena*, 13, 28, novembre ou décembre 63 avant J.-C.)

M. F. DE VISSCHER (Gand), dans la même séance, a développé sa thèse sur *L'origine historique des „causae condicendi"*. On peut grouper sous le nom de *causae condicendi* l'ensemble des applications du principe de la répétition de l'enrichissement injuste qui ont trouvé leur sanction dans la procédure de la *condictio*. C'est un fait bien connu que la plupart de ces applications, telles qu'elles ont été dégagées par la jurisprudence romaine, se rattachent à l'hypothèse fondamentale d'une *datio*. On voit généralement dans ce rapprochement de la *condictio* avec la *datio* le résultat d'une tentative de systématisation et comme une réaction contre l'extension du principe de l'enrichissement injuste. Il paraît néanmoins difficile d'imputer aux jurisconsultes classiques le choix délibéré d'une base aussi notoirement insuffisante et, du point de vue purement juridique, aussi manifestement arbitraire.

L'hypothèse suivante pourrait être admise.

La certitude de l'objet de la créance paraît être la condition originaire et unique de l'exercice de la *condictio*. Les premiers travaux de la jurisprudence dans ce domaine durent donc tendre seulement à déterminer et à énumérer les actes et les faits susceptibles de revêtir les créances de ce caractère de certitude objective exigé pour l'intentement de l'action. Un vestige fort remarquable de ces premiers travaux semble nous avoir été conservé dans le *Pro Roscio*



C., V, 14: „Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.” C'est l'énumération, non de certaines causes d'actions (la *datio* n'en est pas toujours une), mais de deux formes de contracter et d'un fait capables, par leur intervention dans la formation d'une obligation, de réaliser la condition de certitude indispensable à l'intentement de la *condictio*. Le rapport ainsi établi entre la *condictio* et la *datio* intéresse exclusivement la procédure.

Cependant, la jurisprudence, en quête d'une sanction au principe de l'enrichissement sans cause, eut bientôt fait de remarquer la coïncidence de certaines applications fort importantes de ce principe avec certains cas de *datio*. Elle transporta alors artificieusement dans le fond même du droit un rapport qui n'avait été calculé que pour ordonner la procédure, et envisager la *datio* comme une cause de *condictio*. Seulement, sur ce terrain, le rapport établi par l'ancienne jurisprudence entre la *condictio* et la *datio* perdait sa valeur absolue. Car si la *datio* est toujours une cause de certitude des créances, elle ne peut être qu'exceptionnellement une cause d'action. La jurisprudence se trouva dès lors amenée à distinguer les hypothèses particulières dans lesquelles, tenant compte du principe de l'enrichissement sans cause, la *datio* pouvait être considérée comme une source d'obligations. Ce furent les premières *causae condictendi*.

La conclusion s'impose: L'hypothèse de la *datio*, autour de laquelle gravitent les diverses *causae condictendi*, fut non pas librement choisie, mais imposée à la jurisprudence romaine par des nécessités de procédure. Et ceci suffit à expliquer le rapprochement plutôt imprévu de la *condictio* (*iudicium directum, asperum*) avec un principe fondé sur la *bona fides* et toutes les difficultés pratiques qui en furent la conséquence.

Le programme des jours suivants portait des communications de M.M. DE SENARCLENS, DE FRANCISCI, DE TOURTOULON et LEVY-BRUHL.

M. DE SENARCLENS (Liège) a traité de *La date de l'édit des édiles sur la vente des esclaves*. On s'accorde aujourd'hui à reconnaître que la plupart des textes de Plaute, invoqués au siècle dernier pour démontrer l'existence de l'édit des édiles sur la vente des esclaves, ne sont nullement probants. Ils font allusion à de simples mesures de police ne visant pas les ventes d'esclaves ou à une redhibition étrangère à l'édit.

De nombreux auteurs soutiennent que le premier et unique témoignage incontestable de l'ancienneté de l'édit est celui de Cicéron, *de off.* 3, 17. 71. Mais il y en a deux autres de la même époque qui, eux aussi, sont certains et qu'il importe de ne pas négliger, l'un également de Cicéron, *de off.* 3. 23. 91, l'autre d'Aulu-Gelle, 4. 2. 12.

Quelques interprètes font remonter l'édit des édiles jusqu'à Caton et Plaute. Ils invoquent le Digeste 21. 1. 10. 1. On a objecté que les mots de Caton *morbosum esse* peuvent s'être rapportés aux stipulations relatives aux vices plutôt qu'à l'édit des édiles. Mais tous les textes du titre du Digeste *de aedilicio edicto*, où se trouve cette expression, s'emploient comme synonymes de *redhiberi posse* et, suivant Aulu-Gelle 4. 2. 2, c'est à propos de l'édit que les *Veteres* ont recherché le sens du mot *morbosus*.

On invoque ensuite Plaute, *Mercator* 2. 3. 85. Il est question dans ce pas-



sage de la vente d'une esclave, d'un *pactum displicentiæ*, d'une rédition et de l'éventualité d'un procès (*litigare*). Les conditions de l'exercice de l'action *in factum* donnée par les édiles *ad redhibendum*, à raison d'un pacte de déplaisance, se trouvant réunies, on peut en conclure que l'édit sur la vente des esclaves existait déjà.

Cependant des savants autorisés considèrent les deux textes cités comme étrangers à l'édit. Il serait donc intéressant de découvrir une preuve nouvelle de l'existence de l'action rédhibitoire antérieurement à Cicéron. Cette preuve, l'orateur croit pouvoir la tirer d'un texte d'Aulu-Gelle, et c'est là l'objet essentiel de sa communication. Il s'agit du l. 17 c. 6 des Nuits Attiques où *Verrius Flaccus*, consulté sur le sens des mots *servus recepticius*, dont s'est servi Caton dans son discours sur la loi Voconia, dit que ce terme s'entend d'un esclave *qui, cum venum esset datus, redhibitus ob aliquod vitium receptusque sit*.

Il est vrai que cette définition de Verrius est erronée, comme le démontre Aulu-Gelle. Mais pour que cette erreur pût se produire, il fallait que lors de la promulgation de la loi Voconia en 585, la rédition des esclaves pour cause de vices fût une institution déjà existante.

M. DE FRANCISCI (Padoue) a présenté *Quelques observations sur l'histoire du testament conjonctif réciproque*. L'origine du testament conjonctif, et, en particulier, du testament conjonctif réciproque, a été longuement discutée pour le droit commun par les écrivains allemands et par les pandectistes, dont plusieurs en ont cherché les fondements dans le droit romain, tandis que d'autres en ont soutenu l'origine germanique. La deuxième solution est celle qui a obtenu la préférence et que l'on rencontre dans les travaux plus récents.

Toutefois, le problème a été posé d'une façon trop restreinte. Le testament conjonctif réciproque n'est pas une particularité du moyen âge français, italien ou allemand; il est assez fréquent dans l'Égypte gréco-romaine et il est même attesté par des sources romaines. En examinant les différents documents il est permis de conclure:

1. Que le droit romain classique et la législation de Justinien n'admettaient pas cette forme de testament;

2. Que les règles de la législation avaient été, même sous l'Empire, dépassées par les usages, suivant les traditions locales qui étaient favorables à la succession contractuelle (droit grec, droit égyptien);

3. Que les phénomènes historiques que nous rencontrons sous l'Empire sont, à tout point de vue, semblables à ceux qui se sont produits sous l'influence des courants germaniques;

4. Que le testament conjonctif réciproque est une forme hybride que l'on rencontre partout où le testament (acte unilatéral, révocable de disposition *mortis causa*) a subi l'influence des principes de la succession contractuelle.

M. DE TOURTOULON (Lausanne) a examiné *Quelques textes des droits romain et hébraïque sur le pillage et le butin*. Cet examen a porté sur: Cicéron. *De officiis* l. 12. 37; Tite-Live V. 16; 20-23; VII. 16; *Digeste* fr. 28. XL. IX. 15; Isaïe 33.4; Synhedrin XI. 1 et 2 et sur quelques autres textes d'importance secondaire. De cet examen se dégagent les règles auxquelles sont soumis soit



le butin, soit le pillage. M. DE TOURTOULON s'arrête spécialement à la question de savoir si le butin fait par l'ennemi et qui lui est repris est rendu à l'ancien propriétaire. Il expose la variation des législations sur ces divers points.

M. LEVY-BRUHL (Lille) a entretenu la section de la „*Denegatio actionis*” sous la *procédure formulaire*. Contrairement à l'opinion généralement admise suivant laquelle, à l'époque formulaire, le préteur a le droit de refuser de délivrer la formule, on prétend démontrer que, pendant cette phase de l'histoire de la procédure romaine, le préteur ne pouvait en principe refuser l'action à un demandeur que dans les cas strictement limités où la loi ou son propre édit l'y autorisaient.

Cette opinion est déjà rendue vraisemblable par des considérations d'ordre général: caractère arbitral de la procédure de l'*Ordo*, nécessité d'une exception (c'est-à-dire d'une instance *in judicio*) pour réaliser une compensation, pour faire respecter la chose jugée, etc., enfin par l'existence d'un texte législatif précis, la loi Cornelia de 687 *de edictis perpetuis*.

Elle paraît directement prouvée par l'étude des textes, à condition de ne pas donner aux mots *actio denegatur*, *non danda est*, etc., le sens technique d'un refus de délivrance de la formule *in jure* par le magistrat. Ces mots désignent parfois non pas le refus d'action, mais l'échec de l'action, obtenu d'une façon quelconque: dès lors, ils ne sauraient servir de critérium. L'examen des textes nous montre qu'au moins à partir de la loi Cornelia, et sans doute déjà auparavant, le préteur ne peut refuser d'acquiescer à une demande d'action (à moins qu'elle n'ait une base immorale) que s'il y est expressément autorisé par la loi ou par son propre édit.

Enfin, le dernier jour, pour combler une lacune causée par l'absence de certains orateurs, M. CORNIL (Bruxelles) a fait une improvisation sur les idées *d'obligatio*, *solutio*, *satisfactio* en droit romain. Quand on analyse la notion classique de l'obligation juridique romaine en deux éléments, désignés sous les noms de *devoir* et *engagement*, à l'imitation des expressions SCHULD et HAFTUNG employées par les germanistes, — il est particulièrement malaisé de dégager l'évolution qui réussit à rapprocher, au point de les confondre, deux facteurs aussi disparates que: un devoir et un asservissement.

Nous nous représentons couramment le rapport entre l'asservissement de l'obligé et la prestation à accomplir au profit du créancier, de la manière suivante: l'enchaînement de l'obligé assure ou garantit au créancier l'accomplissement de la prestation. L'idée *d'obligatio* correspondrait donc à l'idée d'un engagement, au sens littéral d'oppignération; et dès lors toute obligation postulerait l'existence d'un devoir à accomplir, auquel elle serait adjointe comme garantie d'exécution.

Il semble cependant que historiquement, l'idée primitive *d'obligatio* ou enchaînement physique resta longtemps indépendante de toute idée d'accomplissement d'un devoir, et que cette seconde idée ne s'est incorporée à l'idée d'obligation que par une très lente évolution, qui se poursuit encore de nos jours.

Au début l'obligé était *nexus* au sens littéral, c'est à dire physiquement enchaîné.



Ce qui exposait chacun à être effectivement enchaîné, c'était la perpétration d'un délit; mais le délinquant avait la possibilité de prévenir son enchaînement en apaisant la victime par une composition volontaire.

La composition volontaire consistait en l'accomplissement immédiat d'une prestation pécuniaire.

Le paiement de la composition pécuniaire ne dénouait pas un enchaînement matériel, mais en prévenait la formation; ce n'était donc pas une *solutio* au sens littéral.

Quand, à défaut de paiement d'une composition, l'enchaînement physique du délinquant s'était réalisé, la justice privée suivait son cours. Alors le dénouement du lien physique ne pouvait être attendu que de l'intervention d'un tiers, qui se substituait au délinquant.

Mais en se laissant enchaîner pour libérer le délinquant, l'otage fixait, d'accord avec la victime du délit, le chiffre de sa rançon ou le prix de son rachat.

Le paiement de la rançon de l'otage dénoue les chaînes de celui-ci. Voici donc l'accomplissement d'une prestation pécuniaire, qui dissout un enchaînement matériel, plutôt que d'en prévenir la formation. Ceci est une véritable *solutio*.

Cependant la distinction entre la fonction préventive et la fonction extinctive, que pouvait remplir la prestation pécuniaire selon qu'elle était composition ou rançon, tend à s'obscurcir et même à s'évanouir, quand on s'élève de la notion d'enchaînement matériel ou physique à la notion d'un enchaînement idéal ou lien abstrait, que les classiques appelleront plus tard *vinculum iuris*.

Pour l'obligé s'est généralisée la possibilité d'éliminer la mainmise du créancier, en accomplissant une prestation pécuniaire. Or s'il est admis que le lien obligatoire existe déjà en puissance avant d'être réalisé physiquement, la prestation pécuniaire qui a la vertu d'éliminer pareil lien semble remplir en tout cas une fonction extinctive plutôt qu'une fonction préventive. Par là la signification de *solutio* se trouve élargie et étendue à l'accomplissement de toute prestation pécuniaire libératoire d'un lien même purement idéal.

Maintenant le rapport entre l'*obligatio* et la *solutio pecuniae* se caractérise comme suit: l'existence de l'*obligatio* n'engendre pas le devoir pour l'obligé d'accomplir une prestation pécuniaire, mais lui laisse la latitude de se dégager par l'accomplissement d'une prestation pécuniaire. La *solutio pecuniae* ne perdra la caractère d'une pure faculté laissée à l'obligé, que du jour où l'exécution des condamnations pécuniaires pourra se poursuivre directement sur le patrimoine du *iudicatus* et aboutir à une *bonorum venditio*. Alors seulement, l'existence de l'*obligatio* astreint l'obligé à se dégager par l'accomplissement d'une prestation pécuniaire.

Le devoir de donner au créancier une satisfaction non pécuniaire ne pourrait être directement imposé à l'obligé, que pour autant qu'il pût y avoir condamnation portant directement sur la satisfaction visée et que cette condamnation fût exécutoire en nature. Ceci a été admis dans une très modeste mesure par la procédure *extra ordinem* du Bas Empire, qui connaît la condamnation à la chose même. Mais en dehors de cette application très-limitée, les satisfactions non pécuniaires que recherche un créancier ne forment toujours pas l'objet



d'un devoir imposé à l'obligé: le seul devoir dont l'accomplissement puisse lui être imposé par la voie judiciaire, c'est le devoir d'acquitter une rançon pécuniaire s'il ne donne point satisfaction au créancier.

Cette vérité, qui s'est conservée, trouve son expression moderne dans la formule bien connue de l'art. 1142 du code Napoléon: „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.”

### III.

A la Section de droit médiéval et moderne le programma assez chargé des travaux a été suivi par un groupe assidu et nombreux dont l'intérêt ne s'est pas relâché un moment, du premier jusqu'au dernier jour.

Voici, par ordre chronologique, l'aperçu des communications faites.

Le jour de l'ouverture, M. PERROT (Strasbourg) a discuté *La date et la nature de la Praeceptio Chlotarii*. L'attribution au roi Clotaire II du texte mérovingien appelé communément *praeceptio Chlotarii*, longtemps considérée comme douteuse, est presque universellement admise depuis la présentation tendancieuse qu'a faite de ce texte Boretius (*Capitularia*, dans M.G.H., Leg. sect. II, 1881, t. I, pp. 18-19, n° 8). Prenant nettement position, et sans motifs nouveaux, contre l'attribution possible à Clotaire I<sup>er</sup>, Boretius fait disparaître, au § 11, les mots *aut germani* qui ne peuvent guère avoir été écrits que par Clotaire I<sup>er</sup>, et les relègue en note parmi les variantes. Cette façon de procéder est-elle justifiée? Si elle ne l'est pas, quels sont l'auteur, la date approximative et la nature de ce texte?

Deux manuscrits (*Bibl. Nat. lat.* 12077 et 10753) donnent seuls la *praeceptio*. Le premier est un agrégat de recueils conciliaires écrits à diverses dates du VI<sup>e</sup> siècle ou du début du VII<sup>e</sup>; le second est du IX<sup>e</sup> ou du X<sup>e</sup> siècle et donne les lois des Wisigoths et des Burgondes. Le texte de la *praeceptio* contenu dans le second manuscrit dérive presque certainement de celui que donne le plus ancien; ce qui rend injustifiable la préférence soudaine qu'accorde Boretius à ce manuscrit récent quand il s'agit de supprimer les mots décisifs *aut germani* qui ne s'y rencontrent pas. Le maintien de ces mots, auxquels il est arbitraire de donner avec Fahlbeck le sens de „cousin”, contraint à voir dans la *praeceptio* l'œuvre vraie ou supposée de Clotaire I<sup>er</sup>. L'objection ancienne tirée de ce que l'aïeul de ce dernier, Childeric I<sup>er</sup>, n'était pas chrétien et n'aurait pas pu accorder d'immunités aux églises ne tient pas devant ce que nous savons des excellentes relations qui ont existé entre le clergé gallo-romain et le père de Clovis.

Si la *praeceptio* n'est pas un faux, destiné à consolider ou à développer certains avantages propres aux églises et à leurs protégés gallo-romains, hypothèse qui ne va pas sans se heurter à de notables objections, on est amené à se demander si elle n'est pas un acte royal de portée locale par lequel Clotaire I<sup>er</sup> aurait promis aux populations de *civitates*, annexées à son royaume de Soissons à la mort d'un de ses frères, le maintien de leurs traditions juridiques et ecclésiastiques. Les *civitates* de Tours et de Poitiers, réunies au royaume



de Soissons après le meurtre des enfants de Clodomir, vers 526, ainsi que la portion primitive du royaume de Childebert I<sup>er</sup>, héritée par Clotaire en 558, sont les seules contrées réunissant cette double condition d'avoir été possédées par un frère de Clotaire I<sup>er</sup> et non par plusieurs successivement, avant d'avoir appartenu à ce dernier, et d'avoir pu être sous l'action du roi des Francs, Childéric I<sup>er</sup>, au milieu du Ve siècle. Cette dernière condition ferait même incliner en faveur des *civitates* de Tours et de Poitiers, qui appartiennent à une région où Childéric a longtemps séjourné au cours de ses luttes contre les pirates saxons de la Loire.

Par ailleurs, les nombreux emprunts textuels faits au Bréviaire d'Alaric, les allusions au droit romain, l'état d'évolution des institutions et spécialement de l'immunité, tout conduit à adopter une date voisine de 525 plutôt que de 560.

Dans la même séance, Mgr. LESNE (Lille) a traité *Des diverses acceptions du terme „beneficium” du VIII<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle*. Le terme de *beneficium*, entendu au sens technique distingué du sens originel de bienfait, a été d'abord une expression juridique abstraite, désignant une concession révocable et un mode de jouissance précaire. Il est déterminé par des prépositions (*in beneficio*, *per beneficium*) ou par des suffixes (*beneficario jure*, *beneficiare*, *beneficiatu*, *beneficiarius*), qui en règlent l'usage juridique.

Il prendra, en outre, la valeur d'une expression concrète qui désigne le bien tenu *in beneficio*, *per beneficium*, *beneficii jure*. En ce cas, il est déterminé par des compléments qui rapportent le *beneficium* soit 1<sup>o</sup> au propriétaire du bien cédé en bénéfice, ou au collateur légitime ou non (*beneficia regis*, *beneficia ecclesiarum*, *beneficia* d'un seigneur laïque), soit 2<sup>o</sup> au personnage qui en jouit, le bénéficiaire, dont le nom propre désigne le bénéfice.

A l'origine, ces *beneficia*, ainsi concrétisés et déterminés, sont toujours des biens quelconques, détachés du *dominicum* au gré du *dominus*, qui pouvaient y rester, qui peuvent y faire retour, et que le *dominus* attribue, sans qu'aucune autre qualité que celle de bénéficiaire en résulte pour le cessionnaire.

On voit ensuite apparaître, à côté de ces *beneficia* quelconques, des bénéfices qui ont pris un caractère fixe, perpétuel, et qui sont attribués nécessairement à un personnage déterminé pourvu d'une charge proprement dite, à laquelle est attaché ce bénéfice. Parmi les bénéfices qui répondent à cette notion, on rencontre: 1<sup>o</sup> des *beneficia ecclesiarum*, tranche du temporel, ou temporel entier d'une église, dévolu à la jouissance d'un titulaire d'une charge ecclésiastique qui correspond à ce *beneficium*, tels, en particulier, le bénéfice presbytéral attribué au desservant d'une paroisse ou chapelle rurale, l'*episcopatus*, l'*abbatia*, qui constituent le *beneficium* de l'évêque, de l'abbé; 2<sup>o</sup> des *beneficia regis*, d'une manière générale des *honores regni*, les *beneficarii honores*, plus expressément les comtés, d'une part, et, d'autre part, les évêchés et abbayes, en tant qu'ils constituent des *beneficia regis*.

L'évolution postérieure du droit fera disparaître tous bénéfices autres que les *beneficia ecclesiarum* de cette seconde catégorie. Une notion nouvelle se substituera, en effet, à l'ancien concept du bénéfice ordinaire et s'appliquera également à tout ce qui subsiste des *beneficia regis*, à savoir la notion de fief. Le concept du bénéfice réservé dès lors aux *beneficia ecclesiarum* prend un



caractère régulier et proprement ecclésiastique. Ainsi s'est distingué le bénéfice tel que l'entendra le droit ecclésiastique postérieur.

La séance du lendemain a été ouverte par une communication de Sir PAUL VINOGRADOFF (Oxford) sur *Les Maximes de l'ancien droit coutumier anglais*. La principale voie de formation du "common law" est celle de la formation par la doctrine des juges. Dès lors la question se pose: quelles sont les influences intellectuelles qui ont contribué à l'éducation générale et professionnelle des juristes du moyen âge, magistrats et avocats? A cette question le conférencier répond, en choisissant BRACON comme le représentant le plus marqué de l'époque: on puisait dans le droit coutumier du pays en donnant d'ailleurs à celui-ci des développements ultérieurs, mais on subissait en même temps d'une façon très accentuée l'influence des écoles romanistes d'Oxford, d'Orléans et autres.

Cette influence se faisait valoir de plusieurs manières. D'abord on se familiarisa avec la terminologie, les divisions et les méthodes du droit romain, tout comme Pierre de Fontaines et l'auteur du Livre de Jostice et Plet ont introduit le même procédé dans leurs exposés du droit coutumier français. L'influence des écoles romanistes se manifeste en second lieu par l'emploi fréquent des maximes. En Angleterre, les maximes abondent dans les plaidoiries comme dans les traités. Un certain nombre d'entre eux ont sans doute été empruntés au *Liber Sextus* de Boniface VIII, mais la grande masse est d'origine romaine et remonte à l'antiquité romaine soit par voie de tradition immédiate soit par l'intermédiaire des sources du droit canon. L'orateur expose plusieurs exemples fort curieux de cette double affiliation directe et indirecte. Il en est ainsi des brocards suivants tous usités par les praticiens et par les auteurs du "common law": *quod principi placuit legis habet vigorem* — *quod omnes tangit ab omnibus approvetur* — *scienti et consentienti non fit injuria* — *pater est quem nuptiae demonstrant*.

Sir Paul Vinogradoff a cédé la parole à un autre professeur d'Oxford, M. HOLDSWORTH qui, s'exprimant en sa langue maternelle, a fait l'histoire du *Trust anglais* et exposé l'influence que celui-ci a exercé sur la législation anglaise, en expliquant les raisons de cette influence. La notion du *trust* repose sur cette idée fondamentale que, un patrimoine ayant été confié à une personne dans une intention déterminée, cette personne est obligée de respecter et d'exécuter cette intention. Cette idée n'est ni d'origine romaine, ni d'origine germanique, comme on l'a prétendu. Elle est de provenance purement anglaise, et a son point de départ dans la jurisprudence de la "Court of Chancery", laquelle forçait au respect de la convention conclue la personne à qui le bien avait été confié et qui dès lors était amenée à se considérer comme *trustee*. L'idée du *trust* a trouvé de nombreuses applications dans la législation sur la propriété, sur la famille et sur maintes matières du droit public.

Ensuite M. HUVELIN (Lyon) a fait une causerie sur un sujet un peu surprenant: *Les mauvais étudiants en droit dans l'histoire*. Ces mauvais étudiants en droit se nomment: Pétrarque, L'Arioste, Le Tasse, Calvin, Montaigne, Descartes, Boileau, Montesquieu, Goethe, Uhland, Heine, Alfred de Musset, Thackeray, Flaubert, Maeterlinck.... Beaucoup d'esprits d'élite se sont,



en effet, au début de leur développement, appliqués à l'étude du droit, et n'y ont guère réussi. La plupart y ont renoncé, et en ont parlé sans indulgence. Il a paru intéressant de rassembler ces témoignages, et d'en tirer la leçon. Si, en effet, certains des griefs qu'ils allèguent, notamment le grief esthétique et le grief moral, apparaissent assez peu pertinents, il en est un autre, le grief scientifique, qui est grave, et qui, pendant longtemps, a été fondé. L'examen de ce grief fournit une occasion de jeter un regard sur l'évolution de la méthode juridique, et de faire confiance à la science du droit enfin instaurée. Un jour viendra où les hommes épris des réalités de la vie et de la pensée ne compteront plus parmi „les mauvais étudiants en droit”.

Terminant le programme passablement surchargé de la séance du mardi 10 avril, M. VAN KAN (Leyde) a parlé de *L'idée de codification à l'époque de Louis XV*. L'idée de codification générale survivait toujours en France à l'époque de Louis XV. La thèse contraire a parfois été soutenue, de nos jours. C'est pourquoi il importe de préciser et de bien accentuer que le siècle de Louis XV aspirait à l'établissement d'un droit civil uniforme et général pour le royaume, de même que le siècle de Louis XIV avait réalisé des vœux analogues pour le droit commercial et les deux procédures.

Dès lors la question se pose: quels sont les motifs qui ont inspiré ce vœu général et déterminé son accomplissement partiel?

Toute la politique codificatrice qui n'a pas cessé de hanter les esprits depuis les jours de Philippe-le-Bel et qui, finalement, a triomphé dans les monuments législatifs de la Révolution, a été le résultat de l'action simultanée et complexe de trois grands facteurs auxquels se sont joints trois autres mobiles accessoires. La vie du droit, en France, était atteinte de trois grands maux: la diversité des coutumes qui différaient de région en région, de ville en ville, de paroisse en paroisse; la multiplicité et la confusion des sources du droit dans le ressort de la même judicature; l'arbitraire dans l'application des lois. Contre ce triple mal on cherchait un triple remède: l'uniformité nationale de la législation, la simplicité et l'unité locale et régionale des sources du droit, des garanties contre l'arbitraire de l'autorité judiciaire et administrative. La codification souriait aux générations à tous ces points de vue, car elle semblait contenir la triple promesse. Elle laissait entrevoir en même temps trois autres avantages secondaires que l'on ne dédaignait point de viser du même coup: l'amélioration des règles de droit, la consolidation de l'unité politique du royaume et, enfin, la gloire du prince codificateur. L'histoire de l'idée de codification en France, c'est, au point de vue psychologique, l'histoire du jeu complexe de ces forces motrices qui poussent les générations successives à tendre obstinément à la législation en grand.

Mais le jeu varie selon les circonstances des époques. C'est tantôt à tel motif, tantôt à tel autre que revient le rôle dominant ou prédominant.

Pour la période historique qui fait l'objet de notre communication, le siècle de Louis XV, c'est l'œuvre législative en matière civile qui en premier lieu s'impose à notre attention. Cette œuvre fut tout entière l'œuvre du chancelier d'Aguesseau. d'Aguesseau est en premier lieu frappé par la diversité et par l'opposition des coutumes, ensuite par la multitude et la variété des lois,



l'une et l'autre de ces causes entraînant une jurisprudence fatalement arbitraire et contradictoire.

Le chancelier d'Aguesseau n'était point seul à caresser le projet de l'unification du droit civil en France. La même idée travaillait depuis le moyen âge les juristes, et les savants du XVIII<sup>e</sup> siècle ont persisté dans cette voie. Ils ont collaboré à la grande œuvre nationale avec les moyens qui leur étaient propres, non pas en présentant des projets qui ne pouvaient espérer le succès qu'à condition d'émaner du pouvoir central, mais en systématisant et en simplifiant la matière chaotique, en forgeant les cadres destinés à embrasser la législation future, en tirant du désordre coutumier le fonds commun, le noyau déjà existant du code civil à faire. Eux aussi ont conscience, pour autant qu'ils se prononcent, de diriger leurs efforts contre le défaut d'uniformité qui était la plaie de la jurisprudence et du droit en France. Les grands publicistes de l'époque, tels que l'abbé de St. Pierre, Voltaire, Rousseau, montraient du doigt la triple plaie que nous avons signalée.

M. VAN KAN appelle enfin l'attention sur un fonds de matériaux inédits et partant peu connus, importants cependant et qui marquent d'une façon fort significative les aspirations de l'époque. Il signale en premier lieu des propositions sur la réforme de la justice, présentées, le 6 août 1730, à d'Aguesseau par un jurisconsulte bourguignon, du nom de Vaucher de Château-Porcin, et conseillant de „prescrire pour toute la France une seule coutume”; il signale en second lieu un mémoire du procureur-général Joly de Fleury, réclamant un „corps complet de législation” afin d'arriver à „la simplicité et à l'uniformité d'une loi”; enfin et surtout toute une série de mémoires composés, vers 1759, par deux conseillers du parlement de Paris, dans lesquels sont développés, avec une instance acharnée jusqu'à l'opiniâtreté, les mesures préparatoires à prendre afin d'arriver à exécuter le „plan de réunir toutes les coutumes pour n'en faire qu'une loi générale et uniforme”. Ce dernier document est d'autant plus intéressant qu'il est complètement ignoré en France (Bibl. Nat. Fonds Moreau 1087).

Dans la séance du 12 avril on a entendu :

M. ESPINAS (Paris) sur *L'évolution des privilèges urbains dans les centres principaux de la Flandre française*. Les grands centres et les centres moyens de la partie française de l'ancien comté de Flandre, tel qu'il se présente à l'avènement de Philippe d'Alsace, comprenant la Flandre et l'Artois, avec Lille, Douai, Arras, Saint-Omer, Aire, Béthune, même Hesdin-le-Vieux, commencent sans doute à décliner à partir des guerres de Philippe le Bel en Flandre, à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle. Ils ne perdent cependant jamais leur caractère de ville, de petit état et, par suite jusqu'à la veille de la Révolution, continuent de recevoir du pouvoir territorial ou national, des privilèges : c'est un premier caractère fondamental. Un second est que les plus importantes de ces concessions, les chartes communales proprement dites, semblent, à une même époque, pouvoir se rapprocher les unes des autres et, suivant les périodes successives, se classer ainsi en séries déterminées. Au XII<sup>e</sup> siècle et dans le premier tiers du XIII<sup>e</sup> siècle, l'ensemble de la communauté obtient les premières chartes, qui fixent les institutions



urbaines et, surtout par le droit criminel, établissent la paix de la ville: elles permettent l'apogée et les essais d'indépendance de la cité sous le patriciat: ce sont des chartes juridiques. Mais le patriciat monopolisant l'échevinage opprime avant tout à titre fiscal la petite bourgeoisie: à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, celle-ci en appelle au pouvoir superurbain qui, saisissant l'occasion de rentrer dans la ville, accorde au commun des chartes anti-patriciennes, surtout du point de vue fiscal: ce sont des chartes sociales. Au XIV<sup>e</sup> siècle, sous cette surveillance et avec un échevinage redevenu sans doute aristocratique, sont concédés à l'ensemble de la ville des privilèges, ou se font des accords publics-urbains, qui régularisent, mettent au point la marche juridique de la cité: ce sont des chartes administratives. Mais, le patriciat reconstitue une sorte d'échevinage héréditaire qui, de nouveau, abuse des finances; de la fin du XIV<sup>e</sup> à celle du XV<sup>e</sup> siècle, le reste de la ville réclame et obtient du pouvoir supérieur des privilèges réformant l'organisation constitutionnelle et financière, et l'autorité arrive même à nommer une partie du Magistrat: ce sont des chartes constitutionnelles. Enfin, lors des conquêtes et des pertes françaises des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, l'état victorieux concède à la ville conquise des „capitulations”, véritables privilèges réglant des questions diverses du point de vue plutôt militaire: ce sont des chartes politiques. Ces privilèges successifs présentent donc une sorte d'alternance, étant demandés par l'ensemble de la ville ou par une partie seule, et augmentant ou réduisant l'indépendance urbaine: dans l'ensemble, cette liberté va plutôt en diminuant, alors que les finances prennent une importance croissante.

M. OTTOKAR (Perm) sur *Le rôle de la commune et de la charte communale dans l'histoire des villes françaises au moyen âge*. L'élément communal ne présente qu'un des aspects de l'état intérieur des villes de commune du moyen âge. Les progrès juridiques du monde urbain ne sont pas absolument fixés dans l'organisation communale.

L'évolution constitutionnelle de Cambrai, par exemple, a été presque indépendante du mouvement communal. Les insurrections de Cambrai n'ont pas été des luttes pour des droits et des privilèges et n'ont influencé que très indirectement l'ordre intérieur de la ville.

La commune dans les villes françaises n'est très souvent que l'affirmation unilatérale d'une force associative, capable d'exercer, en dehors du cadre pré-existant des institutions urbaines, une pression de fait sur les transformations de l'ordre intérieur. Les chartes communales ne lui attribuent très souvent aucune place fixe dans l'ensemble des compétences et des fonctions municipales. La commune n'est donc pas, en principe, „une seigneurie bourgeoise investie d'un certain pouvoir judiciaire et politique”.

De même les chartes communales ne peuvent pas être considérées comme des „textes constitutionnels”. Leur valeur juridique et leur signification réelle varient infiniment. Elles ne déterminent pas l'ordre constitutionnel de la ville.

L'histoire intérieure des villes de commune est en grande partie indépendante de l'élément communal. Les chartes communales ne constituent pour cette histoire que des documents d'une importance secondaire.

M. VERRIEST (Bruxelles) sur *La signification des chartes-lois du moyen âge*.



M. VERRIEST peint l'évolution juridique des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles dans l'Europe occidentale, l'importance des chartes-lois et la controverse sur le point de savoir à quelle catégorie juridique de la population rurale se sont appliquées les chartes-lois. Il faut faire une distinction fondamentale entre les serfs et les hommes libres des domaines ruraux. Sont examinés ensuite les charges généralement dites „caractéristiques du servage”. Les chartes-lois se rapportent aux tenanciers libres, non aux serfs; elles ne sont pas des „affranchissements” de serfs.

Le 13 avril M. MEYNIAL (Paris) a présenté des *Remarques sur les traits originaux* de l'ancien droit privé français. Chacun sait que la Gaule est comme le champ clos où se sont heurtées deux masses ethniques bien différentes par leur nature, leur mentalité et leur civilisation. C'est d'abord la masse méditerranéenne, dont le type le plus représentatif est la *race romaine*, à l'esprit clair, simple et ordonné, d'une finesse innée qui lui a permis de comprendre, d'instruire et de s'assimiler, sans les détruire, les peuples voisins moins avancés qu'elle en civilisation; race soucieuse à la fois de liberté individuelle et de discipline consentie et non imposée, d'équité et aussi de hiérarchie sociale. C'est ensuite la masse germanique, composée de races encore barbares plus rudes que franches, très avides de satisfactions matérielles, peu jalouses d'assurer à chacun le libre jeu de son individualité, plutôt disposées à accepter une discipline étroite qui décharge chacun du souci de sa propre direction, surtout vouées au culte de la force brutale.

On a souvent réduit l'histoire de notre droit à celle du duel entre ces deux races et ces deux influences opposées, qui se sont, en effet, successivement exercées sur notre sol.

Et, de fait, la marche apparente des choses peut bien incliner l'esprit à cette conception. Il n'est pas douteux que sous les deux premières de nos dynasties royales le droit franc, salien d'abord, puis ripuaire, n'ait visiblement infléchi les coutumes gallo-romaines antérieures. De même on ne peut nier que quelques siècles plus tard la renaissance des études de droit romain n'ait très sensiblement altéré nos pratiques juridiques plus anciennes, et même d'une façon si durable que jusqu'à notre Révolution le Midi de la France est resté soumis au droit de Justinien.

Tout cela est vrai; mais pourtant, sous ces apports extérieurs et hostiles les uns aux autres, un fonds national original a subsisté, qui a permis à nos ancêtres de façonner d'abord à la mode française les données du droit germanique, que le caractère plastique du droit barbare rendait assez malléables, avant d'en réduire l'importance. C'est ce même tempérament national qui, depuis le XV<sup>e</sup> et le XVI<sup>e</sup> siècle, nous a permis de soulever et de déblayer peu à peu tout le limon romain qui s'était déposé sur notre sol pendant les deux siècles antérieurs.

M. MEYNIAL, négligeant cette histoire dont les phases sont bien connues, signale dans chaque partie du droit privé la règle ou l'institution qui la domine et montre quel lien la rattache aux notions germanique ou romaine correspondantes, en faisant ressortir quelle empreinte originale le peuple de France a su lui imprimer.



La recherche peut s'appliquer fructueusement au droit de famille, notamment à la puissance paternelle et à la protection des incapables; aux successions, notamment à la législation des propres; au droit des gens mariés, particulièrement à la communauté entre époux; au droit des biens, spécialement au régime féodal et au double domaine; enfin au droit des obligations, notamment à la création de l'obligation par le simple consentement.

L'étude rapide de ces divers points paraît permettre de conclure que ce qui domine le droit privé français et ce qui constitue son originalité, c'est le souci :

De la solidité du groupement familial, assurée non pas par l'établissement d'une autorité sans contrôle et sans limite, comme la *patria potestas* romaine, ou le *mundium* germanique, mais par le maintien, à travers les générations, d'une communauté individuellement contrôlée d'intérêts et de fortune, et par l'exercice, au profit des plus faibles, d'une surveillance qui sauvegarde tous leurs droits;

De la collaboration des deux époux à la prospérité partagée du ménage, dans l'égalité des droits et des responsabilités de chacun et en vue de la sauvegarde des intérêts des enfants;

De la consolidation du droit que chacun s'acquiert sur la terre par une longue et laborieuse possession, au sein d'une hiérarchie harmonieuse qui fixe à chacun sa part dans la propriété et dans le profit à l'exploitation et soustrait cette part à l'arbitraire du plus puissant;

Enfin, du respect de la parole librement consentie qui, selon la doctrine du droit canonique, si conforme à notre tempérament national, vaut un serment.

M. OLIVIER-MARTIN (Paris) a traité de *L'introduction du bénéfice d'inventaire dans la pratique coutumière française*. L'acceptation bénéficiaire apparaît au cours du XIV<sup>e</sup> siècle; elle est subordonnée à la délivrance par la chancellerie royale de lettres dites de bénéfice d'inventaire. On explique d'ordinaire cette exigence en disant que le roi devait autoriser expressément le recours au droit romain, alors que le droit coutumier admettait seulement l'acceptation pure et simple ou la renonciation.

Il semble bien qu'en leur principe les lettres de bénéfice d'inventaire n'ont pas eu cette portée générale. Le roi les accorde seulement quand il se trouve être le principal créancier du *de cuius*, mort comptable de ses deniers, ou bien quand la succession, délaissée par les successibles en raison de l'importance des dettes, est administrée par ses officiers pour la sauvegarde du droit de déshérence qui lui appartient comme haut-justicier. Le roi ne compromet guère ainsi ses intérêts ni ceux des créanciers, car l'abstention des héritiers dénote une succession obérée. Mais c'est tout de même une faveur qui doit être demandée, à l'expiration d'un certain délai, pour bien établir la probabilité de la vacance; et, selon les traditions d'équité de la chancellerie royale, elle n'est octroyée que sous réserve du droit des autres successibles à accepter purement et simplement, selon la coutume.

Les progrès du droit romain firent bientôt considérer l'acceptation bénéficiaire comme un procédé normal d'acquisition des successions. La pratique s'en étendit bien au delà de son domaine primitif. L'exigence des lettres de chan-



cellerie fut maintenue, pour des raisons fiscales, mais les conditions de délai disparurent et la préférence des héritiers purs et simples, qui n'était plus comprise, fut restreinte au XVI<sup>e</sup> siècle.

M. COOPLAND (Liverpool) a fait en anglais, une communication sur *L'Arbre des batailles* qu'il a présenté comme le monument doctrinal le plus ancien du droit international. Le conférencier s'est étendu sur la vie et les oeuvres de l'auteur, Honoré Bonet, sur les contemporains de celui-ci et sur le milieu provençal où il a vécu. La source principale où Honoré Bonet a puisé, ce sont les ouvrages de Jean de Legnans, *de bello, de represaliis et de duello*. Honoré Bonet a fait d'autres emprunts, moins considérables ceux-ci, au *Somnium Viridarii*, à Bartole, aux chapitres sur le blason, au droit canonique et au droit romain. Malgré tous ces emprunts il reste, dans *L'Arbre des batailles*, une part personnelle à Honoré Bonet.

Dans la dernière séance ont pris successivement la parole :

M. LEFAS (Lille) sur *L'origine de la juridiction consulaire des marchands en France*. La juridiction consulaire des marchands apparaît comme une anomalie dans l'histoire des juridictions françaises. En effet, les consuls des marchands ont été institués par des ordonnances des rois de France, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire au moment où les juridictions communales disparaissent, et où l'exercice de la justice est confiée, en France, de plus en plus à des officiers royaux.

Des historiens ont pensé que cette juridiction consulaire, spéciale aux marchands, pouvait dériver, soit des anciennes juridictions communales, soit de celles des marchés et des foires. M. Lefas conclut à la négative, et montre qu'il faut voir dans ce type de juridictions un emprunt fait par les rois de France à des usages espagnols du XV<sup>e</sup> siècle, apparentés aux consulats de la mer, et dont les archives de Bruges mentionnent le fonctionnement jusque dans les Flandres.

M. FERRADOU (Bordeaux) sur *L'application de la loi sur le rachat des droits féodaux pendant la Révolution*. Les auteurs qui ont étudié la législation révolutionnaire en matière féodale ont déterminé la portée de la loi des 15 et 28 mars 1790 sur la distinction des droits abolis et des droits rachetables et exposé l'organisation du rachat établie par la loi des 3 et 9 mai 1790; mais ils n'ont pas recherché comment et dans quelle mesure cette dernière loi avait été appliquée. Sans doute son application n'a pu se faire que pendant une courte période de trois années; commencée seulement en juin 1790, elle a cessé avec la loi du 17 juillet 1793 qui abolit sans indemnité tout ce qui restait des droits ci-devant féodaux; en outre, elle a été entravée par les circonstances politiques, par l'état d'esprit des redevables, par les graves défauts de la loi de 1790 elle-même; enfin, par les lois de la Législative.

Néanmoins, si la loi de 1790 a été appliquée beaucoup moins que ne l'espérait la Constituante, elle l'a été beaucoup plus qu'on ne le croit d'ordinaire. Elle a suscité l'intérêt le plus vif chez les contemporains et les documents relatifs à son application sont nombreux. Ces documents, surtout les archives de l'enregistrement et les actes des notaires, montrent que, si les rachats ami-



ables ont été rares par suite de la résistance des seigneurs, les rachats légaux ont été beaucoup plus nombreux, bien qu'ils soient en quantité infime par rapport à la masse des redevables. Ils permettent de déterminer approximativement le nombre et l'importance des rachats opérés, les catégories de redevables qui rachètent, les droits qu'ils rachètent, cens, champart, lods et ventes, etc., et les causes pour lesquelles ils rachètent. En somme, la loi sur le rachat, en dépit de ses défauts et malgré l'affirmation souvent répétée qu'elle était inapplicable, semble avoir été viable. En tout cas, l'étude de son application pourrait constituer une utile contribution pour la connaissance de l'esprit public, dans les divers départements, pendant les premières années de la Révolution.

Un certain nombre de communications annoncées ont fait défaut à cause de l'absence des conférenciers. Ce sont les communications de MM. CHÉNON (Paris), GÉNESTAL (Caen) et CHAMPEAUX (Strasbourg). M. GRAND (Paris) lui aussi était absent, mais il a eu la bonne fortune d'être suppléé par M. OLIVIER MARTIN qui a résumé son rapport et l'a défendu contre les objections de l'assemblée. Le travail de M. GRAND avait pour titre: *Un sens peu connu du mot „désaveu” en droit coutumier*. En voici la substance. Les termes *aveu* et *désaveu* ont, dans la langue du droit féodal, une acception très voisine de celle que nous leur donnons aujourd'hui dans le langage courant: reconnaissance et reniement ou déni. Avouer quelqu'un pour seigneur, c'était se reconnaître son homme; le désavouer, c'était lui retirer sa foi. Dans le même ordre d'idées, l'aveu ou le désaveu d'un enfant, l'aveu ou le désaveu d'une tenure servile sont des expressions familières aux historiens du droit privé.

Un manuscrit important, conservé aux archives municipales de Provins, en Champagne, où il est connu sous le nom, traditionnel mais peu exact, de *Cartulaire de la Ville*, et qui est resté jusqu'à présent inédit, bien que Félix Bourquelot l'ait, en 1856, signalé à l'attention des érudits dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, emploie souvent le mot „désaveu” dans un sens un peu différent, bien que dérivé du précédent.

Les actes contenus dans cet intéressant registre s'échelonnent de 1271 à 1330. Ils sont de nature fort diverse. A côté de comptes municipaux on trouve pêle-mêle: ventes, échanges, partages, redditions de comptes, de mandat ou de tutelle, etc., en un mot, tout ce que renfermeront plus tard les minutiers des notaires et tabellions. Ce sont tous les actes privés qui furent passés devant la justice échevinale, agissant en vertu de son droit de juridiction gracieuse. Les „désaveux” y reviennent fréquemment et par groupes nombreux. Ils consistent dans la „mise hors d'avoerie” devant la cour échevinale d'un membre quelconque d'une communauté taisible, familiale par le chef de cette communauté, avec abandon au „désavoué” d'une part du bien commun, consistant le plus souvent en objets mobiliers (meubles et outils professionnels) dont il donne quittance dans l'acte.

Bourquelot et d'autres érudits y ont vu une simple émancipation. Cette notion d'émancipation est trop étroite, car on ne voit pas seulement des pères désavouer leurs enfants, mais, par exemple, deux sœurs se désavouer l'une l'autre. De plus, on ne voit jamais „désavouer” quelqu'un qui n'est pas „en aage”. Récemment, M. Jules d'Auriac, dans le *Bulletin de la Société d'Histoire*



et d'*Archéologie* de Provins, y a vu un acte nécessaire pour acquérir le droit de bourgeoisie et de vote municipal attaché au foyer séparé; mais, outre que Provins fut une ville de prévôté et non pas de commune, on trouve dans le *Cartulaire de la Ville* de véritables actes d'acquisition du droit de bourgeoisie, dits „d'entrée en bourgeoisie”, qui n'ont absolument rien de commun avec les „désaveux”.

La vérité est qu'il s'agit de „mises hors de celle” (*cella* = maison), dans le sens le plus large, de mises hors de l'indivision familiale. Il n'est plus permis d'en douter quand on voit les coutumes rédigées du Nord: Hainaut, Flandre, régler encore formellement ce qu'elles appellent les *mises hors de pain*; celle de Mons, notamment, prescrire qu'elles seront passées devant le maître et les échevins et qu'il en sera tenu un registre spécial.

Provins a eu la bonne fortune de conserver l'un de ces registres, qui durent exister jadis dans toutes les villes d'échevinage, de même que le désaveu de communauté familiale fut, sous ce nom ou sous un autre, une pratique générale dans toute la France du Nord, absolument conforme, d'ailleurs, à la constitution de la famille coutumière et découlant de l'idée de la *mesnie*, si différente de la *familia* romaine.

#### IV.

Pour terminer cet aperçu, donnons rapidement la liste des conférences faites aux autres sections.

La classification inévitablement plus au moins arbitraire des sujets a dispersé dans presque toutes les directions un certain nombre de communications qui ne se rapportent pas moins à l'histoire du droit.

A la **Section des Etudes byzantines**, M. de FRANCISCI (Padoue) a plaidé la cause d'une nouvelle édition des *Basiliques* dont il s'occupe. L'édition de Heimbach, a-t-il dit, quoique meilleure que celle de Fabrot, est bien loin de répondre aux exigences de la critique: la restitution du texte est défectueuse à cause des subsides dont Heimbach s'est servi et à cause de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de profiter d'autres sources dont les éditions critiques sont postérieures à son édition des *Basiliques*. Enfin, plusieurs manuscrits qui ont été la base de suppléments aux *Basiliques* ont pu être étudiés seulement plus tard par Zachariae, Ferrini et Mercati et un palimpseste Vatican des livres 58, 59, 60 n'a pas encore été déchiffré.

Il est encore nécessaire de rappeler que Heimbach n'a pas conservé aux scolies la position qu'elles avaient dans les manuscrits, position que révèle (au moins dans plusieurs manuscrits) l'origine des scolies et la distinction entre la chaîne des scolies aux sources justiniennes et la chaîne composée sur les *Basiliques*.

La nécessité d'une nouvelle édition paraît évidente, et il serait souhaitable que la section exprime son opinion sur l'opportunité de ce travail, qui ne pourra être accompli que par collaboration internationale et avec l'appui des Académies.



La Section du moyen âge, elle aussi, a entendu deux orateurs sur des matières de droit. M. KROELL (Nancy) a exposé le *Caractère juridique des changements de dynastie de 751 et de 987 et leurs conséquences dans l'ancien droit public français*. En matière de droit public, l'histoire du droit doit avoir, entre autres, pour objet d'étudier les faits politiques anciens sous leur aspect juridique, ce qui aide à les comprendre pleinement et à en apercevoir toutes les conséquences.

M. KROELL prend comme exemple les changements de dynastie de 751 à 987, faits politiques de premier plan et dont l'aspect juridique n'a pas été, à son avis, suffisamment indiqué :

La monarchie mérovingienne est patrimoniale. Le royaume est la propriété du roi. Comme tout autre patrimoine, il se transmet héréditairement aux héritiers du roi. La monarchie est ainsi héréditaire.

L'acte des Carolingiens de 751 nous apparaît donc comme une atteinte violente à la propriété d'autrui. C'est plus qu'un coup d'Etat au sens politique du mot, c'est une véritable expropriation, à la suite de laquelle les Carolingiens apparaissent comme des usurpateurs et des intrus. Ils s'en rendent très bien compte eux-mêmes. Aussi cherchent-ils à légitimer leur pouvoir en obtenant l'appui de l'Eglise (introduction du sacre; alliance avec la papauté) et en obtenant également l'adhésion de leurs sujets à leur élévation au trône. Ainsi se trouve introduite l'idée d'élection, idée qui s'impose aux Carolingiens les plus puissants, et qui, bien entendu, ne fait que s'enraciner au fur et à mesure que s'accroît la faiblesse des successeurs de Charlemagne.

Aussi, le changement de dynastie de 987 nous apparaît-il comme d'un caractère tout différent de celui de 751. C'est une application normale du système de l'élection. La couronne de France est devenue élective.

Ce système de l'élection a laissé des traces très nettes dans l'ancien droit public français. Par un effort constant, les premiers Capétiens ont sans doute rétabli l'hérédité de la couronne, l'élection proprement dite a disparu. Mais c'est une hérédité toute spéciale, qui tient lieu d'élection, qui est l'équivalent d'une élection, et cela est si vrai que, d'après la théorie officielle, si le roi n'a pas d'héritier, si la lignée d'Hugues Capet vient à s'éteindre, la nation dispose du trône et de la souveraineté. Toute la théorie de la succession à la couronne est basée sur l'idée d'élection tacite, conséquence du vieux système électif dont le souvenir a été conservé très net dans la cérémonie du sacre.

M. BLOCH (Strasbourg) a posé la question : *Qu'est-ce qu'un fief?* Et voici ce qu'il a répondu en résumé : Dans les traités juridiques du moyen âge, le fief n'est défini que rarement; quand il l'est, les définitions données ne recouvrent pas tous les cas où la pratique usait du terme à définir. Pourtant, l'usage d'un mot, dans la langue courante de la vie sociale, suppose un concept, de contours plus ou moins flottants, mais pourvu malgré tout d'une certaine unité, que ce mot, à un moment donné, a dû servir à connoter. Quel est le concept auquel s'applique le mot de fief?

L'étymologie ne peut nous aider à le trouver. Le mot *fief* du français (d'où il a passé en anglais), l'allemand *Lehn* sont des vocables, dont le sens primitif était fort général, et qui, sous l'empire de conditions sociales déterminées, se



sont trouvés spécialisés dans une acception particulière. C'est ce sens second, éloigné des significations originelles, qu'il s'agit pour nous de dégager.

On peut prendre, comme point de départ de la recherche, la définition de la Glose du *Sachsenspiegel*: „Le fief est le salaire du chevalier”; c'est la définition du type le plus courant. Confrontons-la avec les faits; elle apparaît aussitôt incomplète. A côté des fiefs de chevaliers, nous avons des fiefs de „sergents” (fonctionnaires seigneuriaux) ou même de charpentiers, orfèvres, cuisiniers, bouchers, jongleurs, etc. Il est à remarquer qu'il ne semble pas que les possesseurs de ces fiefs-là aient d'ordinaire prêté l'hommage.

La définition la plus exacte du fief semble celle-ci: un fief est un bien fourni moyennant l'obligation par le preneur d'exécuter un service donné, de nature quelconque (cf. d'ailleurs *Consuetudines Feudorum, Antiqua*, tit X, c. 1, *Vulg.* lib. II, tit. 23); ce bien était généralement, surtout à l'origine, mais non toujours, ni forcément, un bien fonds.

En somme, on doit voir dans le fief un mode de salaire né des besoins économiques d'une société d'un certain type; nous savons, par des exemples précis, qu'il a été longtemps considéré comme plus pratique d'attribuer à des personnes tenues à un service déterminé un bien en fief que d'assurer directement leur entretien. Ce caractère essentiellement économique du concept explique l'absence de définitions juridiques satisfaisantes; les différentes espèces de fiefs, correspondant souvent à des situations sociales fort diverses, se sont trouvées naturellement régies par des règles juridiques différentes, surtout à mesure que la société médiévale est allée se hiérarchisant. D'où des constructions doctrinales, comme celles du droit anglais, distinguant nettement plusieurs catégories de fiefs; la doctrine française présente la trace de tentatives de même ordre. D'une façon générale on a tendu progressivement à ne plus appliquer le mot de fief qu'aux biens concédés à charge de services qui passaient pour nobles. Mais il est resté longtemps des traces de l'usage ancien; aujourd'hui encore, dans la langue anglaise, le mot *fee*, qui a embarrassé les lexicographes, retient quelque chose du sens ci-dessus indiqué (*a doctor's fee* = les honoraires d'un médecin).

Il y a lieu de demander si, dès l'époque carolingienne, la signification du mot *beneficium* (employé par les écrivains de langue latine pour traduire un mot du langage vulgaire que nous ne connaissons pas) n'était pas déjà celle, très générale, de bien concédé en échange d'un service.

A la **Section d'histoire contemporaine** M. VAN RAALTE (La Haye) a retracé l'origine du Conseil des ministres dans le Royaume de Hollande. On a généralement prétendu que, pour la première fois, un Conseil des Ministres aurait été organisé par le Roi Louis et que de fait sa réunion aurait eu lieu en 1809.

Mais on a découvert depuis peu qu'il existait déjà en 1807 un Conseil des Ministres dont les Registres des délibérations se trouvent dans les archives de La Haye et à Paris.

Le conférencier s'étend sur la cause qui a fait créer le Conseil des Ministres en 1807, sur le décret ayant rapport à ce sujet, sur les compétences du Conseil et, finalement, fait la comparaison du règlement de 1809 avec celui de 1807.

Enfin, à la même section, M. NOLDE (Pétrograd) a fait l'exposé de *L'autocratie*



*russe et de la doctrine de la séparation des pouvoirs au XIX<sup>e</sup> siècle.* L'orateur a choisi comme point de départ l'organisation du pouvoir central en Russie du XVIII<sup>e</sup> siècle, laquelle se résume en ces trois organes: le monarque, la loi, la polysynodie. Survint alors la réforme de Spéransky. Les idées politiques de Spéransky s'étaient formées sous la double influence des doctrines européennes de l'époque et des modèles napoleoniens pratiquement réalisés. M. NOLDE a exposé ensuite le plan de réorganisation de l'état tel qu'il avait été conçu, en 1809.

---



## REGISTER. — TABLE ALPHABÉTIQUE.

	Bl.		Bl.
<b>ABLEIGES (JACQUES D')</b> .. 317, 322v., 326	324	<b>ANDRÉ (PIERRE DE ST.)</b> .....	181
<b>ACCURSIUS</b> .....	14	<b>Anerbenrecht</b> .....	442
<b>Actiones arbitrarie</b> .....	12	<b>ANTONINUS PIUS</b> .....	293, 294
<b>Actio civilis in factum</b> .....	14	<b>APPLETON (CH.)</b> .....	17
<b>Actiones contrarie</b> .....	395, 398	<b>AQUASPARTA (M. D')</b> .....	333
<b>Actio empti</b> .....	14	<b>Arca communis</b> .....	360
<b>Actio ex stipulatu</b> .....	288, 1, 289	<b>Assises de Jérusalem</b> .....	50, 78
<b>Actio injuriarum</b> .....	12	<b>Athens (Law of)</b> .....	341
<b>Actio praescriptis verbis</b> .....	385	<b>AULUS—GELLIUS</b> .....	396vv.
<b>Action redhibitoire</b> .....	14	<b>Auvergne (Gabelle dans)</b> .....	204vv.
<b>Actiones stricti juris</b> .....	220	<b>AYALA (M. J. DE)</b> .....	304, 307
<b>Actio venditi</b> .....	330	<b>Azo</b> .....	84, 300
<b>Action de garnir ou quitter</b> .....	305	<b>BACQUET</b> .....	94
<b>ACUÑA (JUAN DE)</b> .....	219v.	<b>BALDUS</b> .....	84
<b>Addictio in diem</b> .....	10	<b>Banalité</b> .....	131
<b>Adoptio minus plena</b> .....	15	<b>BARNABA</b> .....	111v.
<b>Aequitas</b> .....	134	<b>BARONAT (L.)</b> .....	181
<b>Affacharia</b> .....	258	<b>Basilica, ad 60, 21:</b> ...	284, 4, 292, 472
<b>Ager compascuus</b> .....	301, 303, 306	<b>BASSIANUS (JOH.)</b> .....	314
<b>AGUIAR Y ACUÑA (RODRIGO DE)</b>	138vv.	<b>„Bateices" (Villes)</b> .....	364vv.
<b>Aides</b> .....	143	<b>BAUR (F.)</b> .....	113
<b>Aigues-Mortes</b> .....	7, 463	<b>Baux à rentes</b> .....	329
<b>ALARIC</b> .....	314	<b>BAVIERA</b> .....	15
<b>ALBE</b> .....	10, 16, 18vv.	<b>BAYSIO (GUIDO DE) = ARCHIDIACONUS</b>	332
<b>ALBERTARIO</b> .....	106, 108	<b>Beaucaire</b> .....	133v. 137v.
<b>Alessandria</b> .....	224	<b>BEAUMANOIR</b> 38, 40, 4, 55v. 59, 1, 60vv.	326
<b>ALFENUS VARUS</b> .....	303	<b>BEAUNE (J. DE)</b> .....	170vv.
<b>ALTAMIRA (R.)</b> .....	84v.	<b>BEAUVAIS</b> .....	427
<b>ALVAROTTUS</b> .....	343	<b>„Beknuppen"</b> .....	439v. 442
<b>American Constitution. System a. his-</b>	414	<b>BELLEPERCHE (PIERRE DE)</b> ....	310, 313
<b>tory</b> .....	329, 359	<b>„Beneficium" Sens du mot</b> ....	463 474
<b>„Amis charnels"</b> .....	20	<b>Bénéfice (Lien de)</b> .....	33, 42v.
<b>Amortissement</b> .....	171, 173, 180	<b>„ origines</b> .....	43vv.
<b>ANATOLIUS</b> .....	47, 47, 3	<b>„ perte</b> .....	45vv., 49
<b>ANCÉZUNE (G. D')</b> .....		<b>„ hérédité des</b> — .....	62
<b>Andelot (Traité d')</b> .....			



	Bl.		Bl.
Bénéfice d'inventaire.....	469	Cause des obligations.....	418
Beneficiary (Right of the) .....	373	CELSUS .....	222
Benignitas .....	15	Cens.....	329
BERGMANN.....	10	Censives .....	59vv., 100, 2, 328v.
BERRY (G. R.).....	342	Cestui-que use.....	373v., 375
Berytus (Law school of)... 10, 20, 21v.,		„ testamentary a.o. power	374, 376
27, 456		Champart.....	329
BESELER (GERHARD).....	2	CHAMPEAUX (G. DE)... 161, 165vv.,	198
BEVERIDGE (A. J.).....	343	Changements de dynastie. Leur ca-	
Beyrouth (Ecole de) V. Berytus		ract. jurid.....	473
Bibliographia del dir. italiano.....	338	CHAPPUIS DE CONDRIEU .....	198
BIGELOW (M. M.) .....	343	CHARLES MARTEL.....	43
BILLECOQ.....	99	CHARLES II.....	272
BIONDI (B.) .....	14	CHARLES VI.....	147
BIORDON (P.).....	158	CHARLES VII.....	148, 165
BLACKSTONE .....	370	CHARONDAS LE CARON.....	97
Blanque (Droit de).....	144	Charte Communale.....	426vv., 432
BLUHME (FR.).....	23	Chartes-lois.....	467v.
BONET (HON.) .....	470	Châtelet de Paris.....	317, 321v., 325
BONFANTE (P.).....	23	„ Coustumier du —.....	322
Boniface VIII (Pape).....	333	Chattels personal (Law as to)....	377v.
BONNER (R. J.).....	341	Chiesa come „corpus mysticum”..	122, 5
BOUTILIER.....	96	CHOPPIN.....	97
BRACTON.....	340, 464	Christian religion (Influence on roman	
BRIÇONNET (P.).....	172, 179, 1	law).....	15v.
BRODEAU .....	99	Cf. Cristianesimo.	
BROKATE .....	29	CICÉRON.....	385vv.
BRUNNER (H.).....	39, 258	Circoncisione.....	111v.
BURKITT (F. C.).....	342	Classes (Régime des — ) dans l'Egypte	
Butin .....	459v.	rom. ....	245
CAILLE (JEAN).....	186	Clientèle.....	33
CALHOUN (G. M.).....	341	Codex Gregorianus .....	16
CALPURNIUS PISO.....	213	Codex Hermogenianus.....	16
CAM (R. DU).....	137	Codex v. Justinianus 1—31 pass. sour-	
Cambrai.....	422vv.	ces 17, drafting of — .....	27
Canonique, Droit (Préférence pour le		„ imitación aconsejado por Pinelo	302
— en XIV s.) .....	310	„ Ad C. 4. 2. 8 .....	217
Canon Law (Infl. in England) 257v. 464		Codex Theodosianus.....	16
CAPITO (AT.) .....	210, 212v., 228v.	Codification (L'idée de —) .....	465
Carcassonne (Salin de).....	131vv.	Cognitio extra ordinem.....	12vv.
CAROLS (H. DE).....	314	COKE (EDW.).....	266, 2, 271, 376
CASCELLIUS .....	210, 1, 212	Comitatus.....	35v.
CASSAGNES (JESSELIN DE).....	309, 310	Commendatio.....	36v., 48
CATON.....	389, 396v.	Commise.....	31vv., 327
		„ des censives .....	59vv.



	Bl.		Bl.
Commise. caractère judiciaire .	72vv., 98	CUJAS.....	93
„ effets.....	77vv.	CUN (G. DU).....	309, 311, 314
„ conception théorique....	83vv.	Curator (Assimilation to the tutor).	10
„ des fiefs ecclésiastiques ..	84v.		
„ effets en regard des droits		DAGUESSEAU.....	95
des tiers 84, 86, 88 1, 90 2, 94		DANTE.....	332v.
Commissum.....	31, 32, 1, 78, 90	D'ARGENTRÉ.....	95, 99
Communautés.....	353, 365	Denegatio actionis.....	460
Commune (Villes de) 351vv., 422vv., 426		Désaveu .....	54vv., 91v., 97vv., 471
„ représentation.....	354vv.	„ en droit féodal lombard...	80
„ consid. c. mineurs.....	364v.	DIEHL (CH.).....	7
„ V. Comuni.		Dies cedens .....	229
Comparative Law.....	342	Digesta .....	1—31 pass.
Compascua.....	358	„ Sources.....	17v.
Compilatio de usibus et consuet. An-		„ drifting .....	23vv.
degaviae.....	314	Digesta	
Comuni (Storia dei —) en Italia...	335	Ad 20, 2, 9: .....	214
Condictio.....	457	17, 1, 34, pr. ....	215
Condictio ob rem date.....	88	12, 1, 11, pr. ....	216
Confiscation 35, 1, 39, 4, 51vv., 90vv.,		21, 1, 31. 22.....	393
93, 6		21, 2, 29, pr. ....	222
„ en droit lombard.....	87vv.	28, 6, 39.....	231
CONRAD II.....	80	Dime ecclésiastique.....	43,5
Conseil de famille .....	414v.	Dolus.....	222
Conseil des ministres en Hollande..	474	Domaine privé.....	358
Consensuelle (Idée).....	416, 417	Domaine public.....	357
Consuetudines communionis.....	360	Domaine utile.....	133v., 403
Consuetudines malae.....	320	Domus communis.....	357
Consulaire (Juridiction —) des mar-		DUMOULIN. 91v., 96, 99, 318, 323, 328,	
chands.....	470	330	
Contumacia.....	63, 70, 4	DUPRAT.....	199
COSTA (E.).....	336	DURANT (G.).....	74, 84v., 308
Court of Chancery 249, 257, 266, 272,		DUTILLET .....	94
275, 370vv., 376v., 381vv.			
Coutumier d'Artois.....	314	EASTMAN (F. M.) .....	344
Coutume de Paris.....	314vv.	Echevins.....	425
„ hist. externe.....	319v.	Economice (Dottrine —) medievale	337
„ rédaction.....	322v.	Edictum Theodorici.....	7
CRAWFORD (C. C.).....	340	Edit des édiles .....	384vv., 458
CREMONA (ENR. DA).....	332	„ „ „ extension .....	393
Cristianesimo (Influenze s. diritto). 104,		EDWARD III.....	371
114, 4, 115vv., 121, 2		EDWARD VI.....	267
„ in Roma.....	114v.	Effestucatio.....	38
„ e lo Stato romano ...	116v.	EHRENZWEIG.....	19, 23
CROSSLEY (F. B.) .....	344	Emphytéose .....	32, 98, 100, 2



	Bl.		Bl.
ENCINAS (DIEGO DE) .....	301, 305	Fiefs. conception théorique. S3, 405, 474	
ENDEMANN .....	337	" garde du — .....	324
ENGELMANN .....	342	" jeu de — .....	327, 328
ENNEZAT (NIC. D') .....	314	" sens du mot .....	473
Enquête par turbe .....	265, 1	FILONE ALESSANDRINO .....	107v., 115
Equity (Law of) V. Court of Chan-		Finances obérées des villes .....	361vv.
cery.		" du roi .....	131vv.
ERCOLE .....	334	" V. Revenue.	
<i>ἑρως. ὅς</i> .....	20, 21	Financière (Administration) .....	161vv.
Eschoite .....	78	FLACH .....	33, 49
ESPADA (J. DE LA) .....	303	FLAVIO (GUISEPPE) .....	107
Esseni .....	107	Foi mentie .....	57, 76
Establis .....	366	Fonctionnaires des gabelles .....	155vv.
ESTARS (PH. DES) .....	188	Foresfactura .....	78
EUDOXIUS .....	20, 30, 456	Formalisme .....	253, 416v.
EUGÈNE IV (Pape) .....	336	Formulary system in roman procedure	341
EURIC .....	7	FORTESCUE (J.) .....	261vv., 264
Evêchés (Biens des —) consid. c.		FOURNIER (P.) .....	309v.
regalia .....	73	Franciscan friars .....	371
Exceptio obscuri libelli .....	439	FRANÇOIS I. .....	94
Exiit qui Seminat .....	371	FRÉDÉRIC II .....	81, 334
 		FREES (A.) .....	242
FABER (JOH.) .....	309, 312v., 314, 406	Fuero Juzgo .....	300, 344
FABIÉ (A. M.) .....	303, 304	Fur manifestus .....	244v.
Familiale (Solidarité) .....	406vv.	Furtum .....	225
Family law (English) .....	378v.	 	
Farisei .....	107	Gabelle du sel .....	131vv.
Favor libertatis .....	215	" " " fraudes 149, 158v., 166v.,	
FAURE (JEAN). V. Joh. Faber.		" " " " 178v., 200	
Felonie .....	50, 52, 2, 54, 91v., 98v.	" " " comptabilité .....	151
" du seigneur .....	75vv.	" " " fonctionnaires .....	155v.
" en droit lombard .....	80	" " " décadence ... 164vv., 197	
Féodale (Institution) .....	403v.	" " " montant ... 164v., 198v.	
" (Législat. révolutionn. en ma-		GAIUS .....	28, 219
" tière).		" Ad 3, 222: ... 280, 283v., 291v.	
FERRINI .....	17, 29, 213	GAMALIELE .....	104, 110, 5
Feudal duties evaded by "Use" 375, 376		Garde-noble .....	323, 324
Fidélité (lien — de) .....	33vv., 41 vv.	GAUCHER (évêque) .....	424
Fiefs .....	49vv., 326v., 403	Gens des comptes .....	363
" et censives .....	61	GENUARDI .....	337
" patrimonialité des — 61vv., 89,		GÉRARD (P.) .....	137
" " " 100v.		GÉRARD II (évêque) .....	423
" " en droit lombard 80		GERARDUS MALUSFILIASTER .....	424
" aliénabilité des -- 64vv., 101, 326		Germanic procedure (Its formalism). 253	
" abrégement des -- .....	71vv.	Gesù .....	108v.



	Bl.		Bl.
GIACOMO MINORE.....	112v.	Intérêt (Conception canonique de l')	337
GIAVOLENO. V. JAVOLENUS.		Interdictum ne quid in loco publ. fiat	220
GIULIANO. V. JULIANUS.		Interpolations .....	14, 17v.
GIRARD (P. F.).....	18	"    tests to detect....	3, 4, 281
GIUDA DI GAMALA .....	116	"    in Instit.....	10
Giudei, in Roma .....	106	"    pre-justin. 4, 11v., 16,	18, 21, 26v.
Gnomon de l'Idéologue.....	245v.	"    Tribonianisms.....	19, 26
Greek law .....	341	"    slechts klein aantal?...	281
GRÉGOIRE DE TOURS.....	34	Investiture .....	36v.
Greniers de sel .....	132vv., 146vv.		
"    " transit.....	151	JASTROW (M.).....	341
GUNDOBALD .....	7	JEAN SANS TERRE (Procès de)	76,
GUY COQUILLE.....	95	76,1, 77,3	
GUY PAPE.....	100	JEAN XXII (Pape).....	310, 314
		JONTE (FR.).....	134
HEIMBACH .....	19	JOYES (ANT. DE).....	199
HENRI IV.....	411	Judicia bonae fidei.....	14
HENRI V (Empereur).....	423	JULIANUS.....	215, 219, 222
HENRI VII.....	334	Jury trial.....	254, 260v., 276
HENRI VIII.....	268, 376	"    in France.....	264,1, 265,1
Hereditatis petitio.....	14	Jus ad rem.....	63, 92
HOFMANN .....	19, 23	Jus beneficiarium.....	42
HOLMES.....	368	Jus civile (Sens du terme).....	386
Hommage 36, 41, 57, 63,2, 69 v., 327, 417		Jus proprium.....	42
"    violation du serment d' — 57v.		Jus tollendi.....	15
HOSTIENSIS.....	84v.	JUSTINIANUS. Cf. Codex, Institutiones.	
Huche commune.....	355, 360	Justitia Dei.....	120v.
HUSCHKE .....	280		
Huwelijksrecht (Oud-Vaderl.).....	436v.	KOCOUREK (A.).....	341
Huwelijksgoederenrecht (Oud-Va-		KOEGEL (O. E.).....	343
derl.).....	439vv.	KOMAR (B. M.).....	340
"    in Drente.....	448vv.	KOOIMAN (L.).....	278v.
"    in Selwerd.....	452v.	KRÜGER (P.).....	6, 17, 19
"    in Groningen.....	453v.		
		LABEO.....	210, 211, 215v.
Illinois .....	344	"    seguito di Nerva.....	218vv.
Immeubles et meubles.....	326	LAMOIGNON.....	96, 323
Impôt sur le sel.....	131vv.	LAON.....	354, 356
Inféodation.....	326	Land law.....	371, 375v.
"Iniuria servilis".....	278vv.	Languedoc.....	131vv.
Inplantatio.....	224	LAUBESPIN.....	181
Institutiones Justiniani.....	1—31 pass.	Law of Property Act (1922).....	376
"    sources.....	17	LE MAISTRE (P.).....	200
"    drafting of —.....	23	"Le Mort saisit le Vif".....	62, 64
Ad l. 4, 4, 3.....	290, 291		



	Bl.		Bl.
LE ROY WATERMAN.....	341	MATTHEWS (N.).....	341
Legatum de peculio.....	221v.	Maximes de l'anc. dr. anglais.....	464
"    partitionis.....	231v.	MAY (G.).....	14
"    per vindicationem.....	228	MEIJERS (E. M.).....	434
"    ususfructus nominis.....	223	Meubles et immeubles.....	325v.
Leicht (P. S.).....	338	Migration des Peuples.....	252
LEONTIUS.....	20, 30, 456	MILAN (Droit féodal de).....	81v., 87
Leuda.....	135, 137	MILLAR (R. W.).....	342
Lex Aebutia (Date).....	457	Mineurs (Protection des —) dans l'anc.	
Lex XII Tabularum (partes secanto).....	340	dr. franç.....	324v., 411vv.
"    Gundobada.....	7	MISPOULET.....	17
"    romana Burgundionum.....	7	MOMMSEN.....	10, 17, 336
"    romana Visigothorum.....	7	MONTLAUZUN (GUILL. DE).....	309v., 312, 314
"    Salica.....	7, 244	MORE (THOMAS).....	379
Leyes del Estilo.....	300	MOSÉ (Leggi di).....	108, 110
"    de Partidas Cf. Siete Partidas		Mutuum.....	215vv.
Libellus (Procedure by).....	13, 14		
Libri feudorum.....	80vv.	NAPOLEON.....	6
"    leur influence s. l. droit cou-		Natura actionis.....	12
tumier franç.....	88vv.	Natura contractus.....	12
LIETHARDT.....	424	C. NERVA.....	210vv.
LINFIELD (H. L.).....	341	"    Martirio di —.....	213—214
Litis denuntiatio (Procedure by)....	14	Nexum (Barbarous execution).....	341
Litterarum obligatio.....	230v.	NICOLAÏ (B.).....	181
Litus maris.....	237	NICOLAS (Évêque).....	425
LOISEL.....	63, 316	Nomen transcripticium.....	230
LONGO.....	13, 26	Non-formalistic note in later roman	
LOTHAIRE III.....	81	law.....	13v.
LOUIS LE GROS.....	429	NONIUS MARCELLUS.....	396
LOUIS VII.....	427, 429	"Notables" (Recueils de).....	322
LOUIS (SAINT).....	363	"Nulle terre sans seigneur".....	56
Magistrats municipaux (Malversa-		Numerical system inherent to for-	
tions des).....	361, 362	malism.....	253v.
MAITLAND.....	367, 378	"    exceptionally in Engl. law	263v.
Marchands (Consuls des).....	470	Oath.....	253vv. 417
Mancipi (Res).....	229	OBERTUS DE ORTO.....	82v. 91
MANILIUS.....	390	Obligatio.....	460
MARÈS (JEAN DE).....	317, 322	Obsequium.....	34vv.
MARIE D'ANJOU.....	167	"Oecumenical Doctors"..	21, 24, 27, 456
MARION (SIMON).....	323	Operis novi nuntiatio.....	219
Marriage (American law of).....	343	Opus.....	367, 369
MARTINEZ DE BURGOS (A.).....	300	Ordenamiento Real.....	300
MARY (Queen).....	269v.	Ordenanças del Consejo (1571).....	301
MASUER.....	97	Ordonnances sur la gabelle.....	171vv.



- Oriental note in the codification of  
   Justinian..... 9, 10  
 Ostrogoths ..... 7  
 OVANDO (JUAN DE)..... 302, 303  
  
 Pactum displicentiae ..... 392  
 Padoue (Ecole de droit antér. à  
   l'Univ) ..... 337  
 Pairs..... 40, 4, 73, 1  
 PAOLO DI TARSO..... 103vv., 109vv.  
   " " " idee sul diritto pub-  
     blico ..... 116vv.  
   " " " sul diritto privato 120vv.  
   " " " concetti sociali 122, 125v.  
   " " " teorie sul matrimonio 124  
   " " " pensiero di — ..... 126  
 Papian (The)..... 7  
 Parage..... 326  
 Paraphrasis..... 29, 291, 292  
 Parentèles en Bourgogne..... 247  
 Parlement de Bretagne..... 96  
 Parlement de Normandie..... 96  
 Parlement de Paris. jurisprudence en  
   matière de commise féodale ..... 95v.  
 Parloir aux Bourgeois (Sentences du)  
     317, 321  
 PARTSCH (J.) ..... 279  
 PASCAL II (Pape)..... 246  
 PASQUIER ..... 323  
 PAULUS = PAOLO.  
 PAULUS (beinvl. d. Stoa)..... 288  
   ad S. 5, 4, 3 ..... 289v.  
 Peccais (Salin de)... 131, 133v., 142vv.  
 Pennsylvania ..... 344  
 Perjury. (Rule in)..... 260, 274vv.  
 Permutatio ..... 232v.  
 Personnalité juridique ..... 351v., 379  
 Personnes. (Etat des — en France  
   au XIII<sup>e</sup> s.) ..... 323v.  
 PETERS (H.)..... 19v, 23, 26, 456  
 PIETRO..... 110v.  
 PHILO = FILONE.  
 PIERRE (NICOLE DE ST.) ..... 186  
 Pillage..... 459v.  
 PINELA (A. DE LEÓN)..... 299  
  
 PLAUTE ..... 384, 389, 392  
 POCQUET DE LIVONNIÈRE..... 95  
 Poor (Legal assistance to the)..... 344  
 POTHIER..... 31, 92, 99  
 POUND (R.)..... 342  
 Praeceptio Chlotarii..... 462v.  
 Prae-Digesta ..... 20v., 23, 456  
 PRATOVECCHIO (ANT. DE)..... 336  
 Precarium. .... 42, 2, 43vv.  
 Prémption (Droit de)..... 66  
 Preuve testimoniale..... 244  
   " V. 249vv.  
 Privilèges urbains ..... 466v.  
 Procedure (History of Civil) 250, 3  
     252, 342, 343  
 PROCULUS..... 227  
 Procureur (Agir par)..... 356  
 Proof. V. Witnesses.  
 Property, Veluation in roman law . 341  
   " dans le droit de Venise... 338  
 Propres et acquêts..... 406vv.  
 Proprietà individuale Idee patristi-  
   che sulla — ..... 125, 4, 126, 3  
 Propriété conditionnelle..... 39v.  
 Provence (Salins de)..... 144v.  
 Public law in medieval England. 378, 379  
 Puissance paternelle dans l'anc. droit  
   français ..... 324  
  
 „Qui reçoit s'engage”..... 59, 4  
  
 RADIN (M.)..... 340  
 RAINERIUS DE FORLI..... 311  
 Ravage (Droit de)..... 50, 53  
 RAVENNIS (P. DE)..... 84  
 Recelatio..... 56, 74  
 Receveur..... 360, 362  
 Recipere..... 397  
 Recopilacion de Indias (1680).... 299vv.  
 Redhibere ..... 391, 394, 398  
 REED (A. Z.)..... 344  
 Régime matrimonial..... 409vv.  
 REIMARUS ..... 17, 19  
 RENOUARD (P.)..... 200  
 Rentes..... 329, 419v.



	Bl.		Bl.
Restoration (1660).....	271, 273, 2	S. C. de quasi-usufructu.....	223
Retrait (Droit de).....	65v., 327, 407	S. C. Velleianum.....	411
Revenue of the King.....	375	Sceaux.....	355, 365
RÉVIGNY (JAQUES DE) [= de Ravanis]		Schiavità e lo cristianesimo.....	123v.
	89, 2, 310, 313	„ e lo Stoa.....	285
RICCOBONO .....	15	SCHOFIELD (H.).....	343
Roc (J.).....	198	Scholia Sinaitica.....	21, 25
Romain (Droit). Personnes morales.	352	Schuld und Haftung.....	460
„ „ Infl. s. l. système du		Scolastici. (Dottrine econom. dei)...	337
droit féodal.....	313	Scuole muciana e serviana.....	210vv.
„ „ Influence s. l'inter-		„ „ Origine.....	227v.
prét. du droit féodal	82vv.	Sel greniers.....	132v., 146vv.
„ „ Infl. s. l. procédure		„ production.....	133vv.
en Xle s.....	247	„ Vente.....	136v.
„ „ s. l. „common law”.	464	„ prix.....	139
„ „ à Toulouse en XIV s.	311	„ monopole.....	142v.
Roman elements in BRACTON.....	340	„ consommation.....	161vv.
Roman law. Influenced by religion	15v.	„ commerce de détail... 163v., 171v.	
„ „ by philosophy.. 12, 15, 285		„ exportation.....	187v.
„ „ (Valuation of Property		„ V. aussi Gabelle.	
in —).....	341	Semitic law.....	341
„ „ system of proof in —	250v.	SENECA.....	285v.
„ „ Organisation of the tea-		SENLIS.....	431
ching bef. Justinian ..	24v.	Servitutis (Vindicatio) .....	218
„ „ Infl. on English law ..	340	SERVIVS Sulpicius.....	387
„ „ Method of studying ..	1vv.	Servus recepticius.....	396
Romeinsche rechtswetenschap (Karak-		SEVERUS (ALEXANDER).....	286v.
ter der).....	297	SHERMAN (Ch. P.).....	341
ROTONDI .....	17, 19, 20	Siete Partidas.....	300, 344
RUFFINI.....	332	Slaven. Iniuria tgor.....	278vv.
		„ volgens Grieksch recht....	295
SABINUS .....	211v.	„ Stoa tgor —.....	285
Sadducei.....	107	SMITH (R. H.).....	344
Saisie féodale.....	66vv., 328	SOISSONS.....	429v.
Saisie gagerie.....	330	SOLAZZI.....	10
SALICETO (BARTHOL.).....	336	SOLMI (A.).....	333vv., 338
Salins.....	133vv.	SOLORZANO (JUAN DE).....	302, 303
Salique (Loi).....	7, 244	Solutio.....	460v
Salman.....	368, 369	SORBELLI.....	336
SALVIANUS.....	282	Souveraineté du peuple.....	313
SALVIOLI.....	337	Specificatio.....	234vv.
SAMPIERI (J. B.).....	336	SPECULATOR = DURANT.	
Santi (Giuirisdizione dell'assemblea		Star Chamber Court.....	275
dei).....	120	Stato. (Concetto paolino di).....	116vv.
SAULUS = PAOLO.		Statute of Uses (1535) .....	367, 375



	Bl.		Bl.
Stephen (Sir James).....	256, 268	Ususfructus..	13, 218v.
Stoa.....	285, 288	"    "    (Quasi) nomenum.....	223
„Styles de procedure”.....	322	Uzès (d’)..	134, 135
Succession contractuelle.....	459		
Synallagma.....	353	VAIRET (Sim.).....	314
		Vassalité (Lien de)..	33vv., 40,4, 44vv.,
Tailles.....	360, 361	"    persistance en droit coutu-	
TAMASSIA.....	336	mier .....	49vv.
TARQUAISE (Rob.) .....	356	"    naît de la possession du fief	59
TARTAGNA (AL.).....	336	Veneta (Riforme agrarie).....	338
Taxes municipales au XIII s. ....	360	Verbum regis.....	336
Tenure féodale .....	326v.	VERRIUS FLACCUS.....	396v.
Testament réciproque .....	459	„Vigilance Comitee of 1851”.....	343
Terra Salica.....	408	Villae .....	407
Testamentary executor .....	370	VILLARS (P. DE).....	198
THEODORA .....	29	Villes. V. Communes, Finances.	
THEODORIC .....	7	VIOLLET (P.).....	308
THEOPHILUS.....	29, 291	Visiteur des gabelles.....	158v.
TIBERIUS .....	211v.	"    V. Fonctionnaires.	
Treason. (Rule in) .....	266vv.	VOLLENHOVEN (C. VAN).....	342
„Treuhand” .....	368	Vos (L.).....	278v., 288, 293
Trial. Meaning .....	271		
TRIBONIANUS.....	30	Wardship.....	378
TROPLONG .....	15	WARREN (Ch.).....	343
Trust. influence ....	367vv., 77vv. 464	WILLIAM III.....	273
Tuitio.....	336	WILLIAMS (M. F.).....	343
Tutelle.....	325, 412vv.	Witnesses in roman law.....	250
„Tutelle administrative”. (Origines		"    in canon law.....	251v.
de la) .....	364	"    in germanic law.....	253vv.
		"    in common law. 257vv., 264v.	
ULPIANUS beinvl. d. Stoa.....	285	WOODBINE (G. E.).....	340
"    verh. tot Sev. Alex.....	286		
Universitas.....	135 vv., 352	ZOCCO-ROSA.....	17
Use.....	367vv.	ZORRILLA.....	304
Usus .....	221	ZULUETA (F. DE).....	18, 30



## TABLE DES MATIÈRES.

	Blz.
P. COLLINET, The general problems raised by the Codification of Justinian . . . . .	1
EDGAR BLUM, La commise féodale . . . . .	31
M. ROBERTI, Paolo di Tarso e le prime influenze patristiche sulla formazione storica del diritto italiano . . . . .	103
ED. MEYNIAL, Études sur la gabelle du sel avant le XVII <sup>e</sup> siècle en France . . . . .	131
CARLO ARNÒ, M. Cocceio Nerva. Nuovi studi sulle scuole muciana e serviana . . . . .	210
JOHN H. WIGMORE, History of the numerical system of proof, or "legal proofs", in Anglo-American law . . . . .	249
J. H. VAN MEURS, Iniuria ipsi servo facta . . . . .	278
JOSÉ M <sup>o</sup> OTS CAPDEQUI, Aportaciones para la historia de la Recopilación de leyes de Indias de 1680. . . . .	299
Comptes-rendus critiques. . . . .	308
Chronique italienne (droit national) . . . . .	332
Chronique américaine. . . . .	339
E. CHÉNON, De la personnalité juridique des villes de com- mune d'après le droit français du XIII <sup>e</sup> siècle. . . . .	351
W. S. HOLDSWORTH, The English Trust, its origins and influence in English law . . . . .	367
A. DE SENARCLENS, La date de l'édit des édiles de Mancipiiis vendundis . . . . .	384
E. MEYNIAL, Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français . . . . .	401
N. OTTOKAR, Le rôle de la commune et de la charte communale dans l'histoire des villes françaises au moyen âge. . . . .	422
Mr. A. S. DE BLÉCOURT, Sententiën van de Hoofdmannen- kamer van Stad en Lande . . . . .	434
Communications . . . . .	129
Sociétés Savantes . . . . .	244
Mélanges . . . . .	238, 345, 456















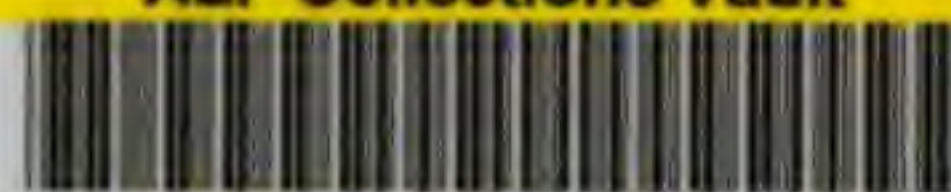




**CIRCULATE  
TO LIBRARY  
ONLY**



ALF Collections Vault



3 0000 105 610 020